J. pract.
318 b

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Ueber

die Verbindlichkeit

zur

Beweisführung

im

Civilprozeß.

Von

D. Adolph Dieterich Weber,

Professor zu Rostock.

Dritte Ausgabe
mit Anmerkungen und Zusätzen

von

D. August Wilhelm Heffter,

Professor und Ordinarius der Juristenfacultät in Berlin.

Leipzig, 1845.

Rengersche Buchhandlung
(Fr. Volckmar).

1320

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Vorerinnerung.

Drei Fragen sind es hauptsächlich, welche die Theorie des rechtlichen Beweises nach richtig zuvor bestimmten Begriffen zu erörtern hat: 1) Was muß überhaupt vor Gericht bewiesen werden? 2) Wer muß den Beweis führen? 3) Wie wird er geführt? Die beiden ersten Fragen sind eigentlich Gegenstände dieser Schrift. Sie schienen dem Verfasser vorzüglich, und nach dem, was bisher in unserer Literatur darüber geleistet worden ist, mehr als die Mittel und Formen der Beweisführung, womit es die dritte Frage zu thun hat, noch einer näheren Erörterung zu bedürfen.

Die Schwierigkeiten, welche häufig in der Anwendung vorkommen, wenn der Richter auf Beweis erkennen soll, brachten den Verfasser auf den Entschluß, mit Beiseitesetzung aller Lehrmeinungen, die Natur der Sache und die Vorschriften der Gesetze selbst vor allen Dingen einmal zu Rathe zu ziehen. Vielleicht können die Resultate dieses Versuchs einige Berichtigung bisheriger Grundsätze veranlassen, oder doch

wenigstens dazu beitragen, daß die Theorie in manchen Punkten mehr Festigkeit gewinne.

Eine vollständige Abhandlung der ganzen Lehre vom Beweise vor Gericht war nie in dem Plane des Verfassers. Seine Absicht ist, in einer Reihe zweckmäßig geordneter einzelner Aufsätze zur nähern Kenntniß und Begründung der Obliegenheit des Beweises, ihrer Bedingungen, und was das Subject derselben anbetrifft, einige Beiträge zu liefern. Sein Wunsch ist erreicht, wenn er sich sagen darf, daß die Lehre von der Beweisführung, so weit hier davon die Rede ist, durch diese Art der Behandlung in einigem Betrachte an Gründlichkeit gewonnen habe, und in streitigen Sätzen etwas weiter gebracht sey.

Nützlich schien es, schon aus Gründen, die in der Vorrede zu der Schrift: über Injurien u. s. w. bemerkt sind, die Gesetzstellen, worauf es ankam, meistens wörtlich anzuführen. An einer Vergleichung seiner Ausführung mit dem, was von Andern gelehrt worden ist, hat es der Verfasser nicht fehlen lassen. Doch glaubt er der Meinung seyn zu dürfen, daß bei Begriffen und Grundsätzen, die aus der Natur der Sache und gesetzlicher Bestimmung geschöpft sind, auf andere Autoritäten wenig ankomme. Dies hat ihn mancher Citaten überhoben. Ausnahmen sind indeß da, wo es nöthig schien, besonders wenn irgendwo eine weitere Ausführung dem Leser vorzüglich zu empfehlen war, durch zweckdienliche Nachweisungen allerdings gemacht worden.

Häufig sind auch einzelne Rechtsfälle mit den darüber ergangenen Urtheilen angeführt. Sie können theils den vorgetragenen Grundsätzen zur Erläuterung, theils, da die Erfahrung die beste Probe der Theorien ist, auch dazu dienen, die Prüfung jener Grundsätze, in wiefern sie als rich-

tig und erschöpfend gelten können, desto mehr zu erleichtern.

Rostock, den 7. März 1804.

Dr. A. D. Weber

* * *

Als dem Unterzeichneten die Wiederausgabe des gegenwärtigen mit Recht so geschätzten Werkes übertragen wurde, konnte die dabei zu erfüllende Aufgabe nicht lange zweifelhaft seyn. Die Arbeit des verstorbenen hochverdienten Verfassers war vorab in ihrer ursprünglichen Integrität zu erhalten; es konnte nur darauf ankommen, derselben ihre Stelle auch in der weiter fortgeschrittenen Zeit und Literatur zu sichern. In der ersteren Hinsicht war lediglich auf einen sorgfältigen Wiederabdruck des Werkes zu wachen, höchstens schien es erlaubt, offenbare Fehler, Versehen oder Dunkelheiten des ersten Abdrucks zu rectificiren, so wie einige Breiten abzukürzen; in der anderen Hinsicht war die neuere Literatur nachzutragen und jedenfalls auch eine kurze Revision der ganzen Lehre von der Beweislast mit Rücksicht auf die neuere Ausbeute der Rechtswissenschaft und Praxis zu veranstalten. Letzteres ist in eigenen Zusätzen geschehen; jenes, zum Theil in Verbindung mit kleineren Berichtigungen und Bedenken, in den Anmerkungen, welche dem Text unten angefügt und mit einem Sternchen bezeichnet sind, gleichwie denn auch Einschaltungen in den Text und in die Noten des Verfassers auf solche Weise angedeutet werden.

Werthvolle Werke eines verstorbenen Schriftstellers sind eine Erbschaft für das ganze Publicum. Das Andenken des

Erblassers wird aber gewiß nicht besser geehrt, als wenn wir das hinterlassene Gut, ohne blind gegen dessen Mängel zu seyn, zum weiteren Anbau mit Freiheit nutzen. In diesem Sinne hat der Herausgeber seine Aufgabe gefaßt und zu lösen gesucht.

Halle, den **20.** März **1832.**

Heffter.

* * *

Auch in der gegenwärtigen dritten Ausgabe ist der vorige Herausgeber seiner früheren Maxime getreu geblieben. Insbesondere aber hat er seine eigenen Zusätze durchgefeilt und, wo es nöthig war, mit neuen Bemerkungen vermehrt. Die nachstehende Inhaltsübersicht wird das Auffinden älterer Citate nach den Seitenzahlen der Ersten Weberschen Originalausgabe erleichtern.

Berlin, am **31.** März **1845.**

H.

Inhalt.

I.

		1ste Ausg.	2te Ausg.
	Allgemeine Begriffe — Quellen der Regeln für den Beweis und dessen Führung — Uebersicht der besondern positiven Vorschriften, welche hierher gehören.	S. 3—16	3—10
§. 1. 2.	Bedeutung der Ausdrücke: beweisen, Beweis, Beweisführung, Gegenbeweis	3—7	3—5
§. 3.	Hauptzweck aller Beweisführung vor Gericht .	7	5
§. 4.	Last des Beweises, onus probandi	8—9	5—6
§. 5. 6.	Allgemeine Angabe der Quellen, und Uebersicht der positiven Anordnungen in Ansehung der gerichtlichen Beweise	9—16	6—10

II.

	Was muß bewiesen werden?	17—37	11—23
§. 1.	Nähere Bestimmung der Frage	17	11
§. 2. 3.	Das objective Recht als solches ist kein Gegenstand der gerichtlich nothwendigen Beweisführung. — Einige Einschränkungen dieses Satzes	18—22	11—14
§. 4.	Ueber den Unterschied der blos factischen und Rechts-Fragen; vorzüglich in wiefern jene selbst durch das Gesetz ihre Bestimmung erhalten . .	22—26	14—16
§. 5.	Was Rechtens, nicht aber, was factisch ist, darf der Richter von Amtswegen in den Verhandlungen der Parteien ergänzen	26—28	16—17
§. 6.	Rechtsfragen können nicht als illiquid zur besondern Ausführung verwiesen werden . . .	28—29	17
§. 7.	Rechtliche Wirkung des Urtheils, wodurch eine gewisse Thatsache zum Beweise verstellt wird .	29—30	18
§. 8.	Nöthige Sorgfalt der Richter und Sachwalte in Ansehung dessen, was eigentlich zur Begründung einer Klage oder Einrede gehört	30—31	18
§. 9.	Kann definitive erkannt werden, so findet kein Beweisinterlocut Statt	31	19

		1ste Ausg.	2te Ausg.
§. 10.	Auch die freiwillige Beweisführung darf der Richter nicht zulassen, wenn sie unerheblich ist S.	31—32	19. 20.
§. 11.	Gehörige Bestimmung des Beweissatzes . . .	32—35	22—23
§. 12.	Der Richter ist keineswegs an die von den Parteien selbst angeführten Fakta gebunden . . .	36—37	22—23

III.

	Bestimmung des Grundsatzes: Was schon erwiesen ist, bedarf keines weitern Beweises — imgleichen über das Notorische	38—53	24—31
§. 1.	Rechtskräftig anerkannter Beweis macht förmliche Wahrheit, jedoch der Regel nach nur unter den streitenden Theilen	38—43	24—27
§. 2.	Das Notorische soll keines Beweises bedürfen — Prüfung dieses Satzes	44—53	27—31

IV.

	Ueber das Geständniß, und dessen rechtliche Wirkung	53—109	32—62
§. 1.	Begriff des Geständnisses	53—55	32—33
§. 2.	Dessen Gegenstände	55—56	33.
§. 3.	Glaubwürdigkeit überhaupt	56—59	34—35
§. 4.	In wiefern es zu den Beweismitteln gehöre? .	59—69	35—36
§. 5—10.	Wirkungen der Geständnisse	60—85	36—49
§. 11.	Widerruf oder Zurücknahme derselben	85—88	49—50
§. 12-15.	Vom Irrthume der Advokaten und Anwalte .	88—90	50—56
§. 16-18.	Grundsatz: excipiens non confitetur	99—107	56—60
§. 19.	Nöthige Vorsicht des Richters bei Berufungen einer Partei auf das Bekenntniß der andern, besonders vom stillschweigenden Geständnisse . .	107—109	61—62
§. 20.	Bedingte und qualificirte Geständnisse	109	62

V.

	Ueber die Vermuthungen	110—153	63—65
§. 1.	Begriff und Eintheilung	110—112	63—64
§. 2.	Gründe der Vermuthungen	112—115	64—68
§. 3.	Nähere Bestimmung der qualificirten oder Rechts-Vermuthungen, und Verschiedenheit derselben von den einfachen Vermuthungen	115—118	66—68
§. 4.	Nöthige Vorsicht der Richter hiebei	118—119	68
§. 5—7.	Nicht jede Vermuthung oder Wahrscheinlichkeit, deren die Gesetze erwähnen, ist darum schon Rechtsvermuthung	119—129	69—73
§. 8.	Was den Rechten nach nicht zu vermuthen ist, begründet noch keine Rechtsvermuthung für das Gegentheil	129—130	74
§. 9. 10.	Von vermeinten Rechtsvermuthungen für das Pflichtmäßige, für die natürliche Freiheit, und für rechtmäßigen Besitzerwerb	130—142	74—80
§. 11.	Ueber den Beweis des Gegentheils einer Rechtsvermuthung	143—149	80—83
§. 12.	Von der Collision der Vermuthungen	149—153	83—85

		1ste Ausg.	2te Ausg.

VI.

Wer muß beweisen?

1.

	Angabe einer allgemeinen Regel und deren Begründung überhaupt	S. 154—157	86—88
§. 1. 2.	Regel und deren Rechtfertigung.		

2.

	Vergleichung mit einigen andern Grundsätzen	157—187	88—102
§. 3. 4.	Besonders der neuern Schriftsteller	157—166	88—92
§. 5.	Ob der Beweis schwer oder leicht zu führen sei, macht hier keinen Unterschied	166—168	93
§. 6. 7. 8.	Ueber den Satz: Actori incumbit probatio	168—187	94—102

3.

	Widerlegung der Regel: Wer etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende	187—239	103—129
§. 9.	Von den Anhängern dieser Regel	187—189	103—104
§. 10. 11.	Daß verneinende Sätze bewiesen werden können und müssen, wird durch Beispiele erläutert	189—203	104—111
§. 12. 13.	Erklärung der Stellen des römischen und canonischen Rechts, welche für die gedachte Regel angeführt zu werden pflegen	204—220	112—120
§. 14. 15.	Von älteren und neuern Versuchen, den Satz durch nähere Bestimmung und Einschränkungen aufrecht zu erhalten	220—233	120—127
§. 16.	Rechtsfälle, worin die Frage vom Beweise einer Verneinung vorkam	233—239	127—129

4.

	Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derselben	239—349	130—188
§. 17.	Freiwillige Uebernahme der Beweisführung — Bedingungen der Schuldigkeit zu beweisen	239—240	230
§. 18. 19.	Was eigentlich zur Begründung eines Rechts 2c. gehört, muß bewiesen werden; mit sorfältiger Unterscheidung des Grundes der Klage, der Einreden und fernern Vorträge	241—247	130—134
§. 20-25.	Anwendung hievon auf diejenigen Fälle, in welchen über die Veranlassung eines Schadens, und in wiefern Jemand diesen zu verantworten habe, gestritten wird	247—266	134—143
§. 26.	Beweis der Ursachen einer Enterbung	266	143
§. 27.	Einrede des nicht erfüllten Contracts	267—269	144—145
§. 28.	Wem liegt der Beweis ob, wenn suis heredibus das beneficium abstinendi wegen der Immixtion bestritten wird	269—275	145—149
§. 29.	Imgleichen wenn ein Cessionar sich gegen den Cessionar des Gläubigers auf das Anastasianische Gesetz beruft	275—278	149—150
§. 30-32.	Ferner wenn über die Gültigkeit eines Geschäfts in Ansehung der Form ein Streit entsteht	278—292	150—158
§. 33.	Ueber die Last des Beweises in Ansehung der Accessorien und Nebentheile einer Hauptsache	292—295	158—159
§. 34. 35.	Vorsicht des Richters im Beweiserkenntnisse bei anticipirten Repliken, imgleichen der als Einrede vorgebrachten Bestreitung des Klagegrundes und		

		1ste Ausg.	2te Ausg.
	wiederum der in der Form eines bloßen Ableugnens vorgetragenen Einrede des Beklagten . S.	295—300	159—162
§. 36.	Von der exceptio rei non sic sed aliter gestae	300—302	162—163
§. 37-40. II.	In welcher Ordnung den Parteien die Beweisführung ihrer Anträge obliege	302—317	163—171
§. 41. III.	Das Behaupten einer Sache ist wesentliche Bedingung der Beweispflicht	318—320	171—173
§. 42-45. IV.	Ueber die Beweisführung in Fällen des qualificirten Geständnisses	321—328	173—183
§. 46. V.	Ausnahmen von der allgemeinen Regel . . .	329—349	183—188

* * *

Zusätze des Herausgebers.

I.	Summarische Revision der Theorie der Beweislast, insbesondere der Weberschen Lehre	189—250
I—III.	Was ist Beweis? Wem wird bewiesen? von wem überhaupt?	192—193
IV.	Was ist überhaupt zu beweisen? Notorisches? Gerichtskundiges?	193—200
V.	Wie wird und wann ist etwas bewiesen? . . .	201—202
VI.	Persönliche Beweislast	202—212
VII.	In welcher Ordnung?	212—214
VIII.	Reale Beweislast	214—224
	Dabei über die neueste Theorie von Dr. Rizy . .	224—232
IX.	Einzelne Fälle	232—240
X.	Nebenpunkte	240—247
XI.	Welchen Einfluß hat die Beweislast auf den Ausgang des Rechtsstreites?	247—250
II.	Rechtsfälle zur Erläuterung einzelner Fragen bei der Beweislast	251—260
1.	Ordnung der Beweislast. Qualificirtes Geständniß. Relevanz	251—256
2.	Beweislast bei einer Klage aus einer versio in rem patris	256—259
3.	Beweislast im Verhältniß der Regel zur Ausnahme	259—260

Ueber

die Verbindlichkeit

zur

Beweisführung

im Civilprozesse.

I.

Allgemeine Begriffe — Quellen, woraus die Regeln für den Beweis und dessen Führung zu schöpfen sind — Uebersicht der besondern positiven Vorschriften und Anordnungen, welche hierher gehören.

§. 1. Bedeutung der Ausdrücke Beweisen, Beweisführung, Gegenbeweis.

Beweisen heißt 1. überhaupt nichts anders, als Gründe anführen, woraus die Wahrheit eines Satzes zu erkennen ist. In diesem allgemeinern Sprachgebrauche sind sowohl Thatsachen, als Rechtssätze die Gegenstände des Beweises. Die Parteien können Beides in ihren Verhandlungen ausführen; aber auch der Richter beweiset durch die Entscheidungsgründe seines Urtheils, daß so, und nicht anders in der Sache erkannt werden mußte. In der Reihe der Prozeßhandlungen wird 2. durch Beweisen im förmlichen Verstande die Handlung bezeichnet, da eine Partei rechtsgültige Gründe beibringt, um den Richter, als solchen, von einer Behauptung, die er sonst nicht als wahr anzunehmen hätte, zu überzeugen. In diesem Verstande ist hier nur die Rede davon.

Der Römische Ausdruck: probare hat zwar eben diese doppelte Bedeutung, aber auch sonst noch verschiedene andere, die eigentlich nicht hierher gehören, und allenfalls bei Brissonius und Gesner weiter nachzusehen sind. Die Gesetze bedienen sich auch bisweilen des Worts: implere als gleichbedeutend mit beweisen, probare [1]. Nach dem gewöhnlichen Gange des Prozesses ist es vorzüglich der Kläger,

---

[1] L. 19. L. 23. D. L. 1. C. de probationib. *Andere gleichbedeutende Ausdrücke sind: ostendere, adprobare, docere, fidem facere rei alicuius, auch wohl monstrare. S. *Brisson.* de V. S. vv. cit.

von dem der Richter Beweise erwartet, daher die Worte: petitoris partibus fungi besonders auch auf das förmliche Beweisen hindeuten [2].

§. 2. Fortsetzung.

Der Ausdruck Beweis bezeichnet einmal so viel, als den Grund selbst, oder den Inbegriff von Gründen, woraus die Wahrheit einer Behauptung gefolgert wird, — überhaupt also auch die Mittel, welche angewandt werden, um die Richtigkeit eines Satzes außer Zweifel zu setzen, *das Beweisende*. Eigentlich und genau betrachtet kann freilich nur das ein Beweis genannt werden, wodurch eine Sache wirklich begründet wird. Was einen Satz nicht außer Zweifel setzt, ist auch eigentlich kein Grund für die Wahrheit desselben. Man gebraucht aber den Ausdruck: Grund auch in der Beziehung, da etwas als Grund vorgebracht wird, und so nennt man auch Beweise, was zum Zweck der rechtlichen Ueberzeugung des Richters in Prozeßsachen vorkommt. Daher die Redensarten: ich habe die stärksten Beweise für mich, — die Beweisgründe des Gegners taugen nichts u. s. w., imgleichen die Eintheilung der Beweise in vollständige und unvollständige. In dieser Beziehung kann daher auch nur von ungültigen Beweisen, von falsis probationibus, die Rede seyn, so wie man unter Zeugen und Urkunden überhaupt Personen und Schriften versteht, durch die man etwas glaubwürdig zu machen sucht. Wollte man sagen: durch die etwas bewiesen wird, oder, wie es in einigen Lehrbüchern heißt: probationes ad fidem faciendam *idoneae*, so würden die Abtheilungen in fähige, unfähige und verdächtige Zeugen, in wahre und falsche Urkunden sehr unschicklich seyn. Im strengern und eigentlichen Verstande wird aber freilich zweitens durch Beweis die völlige Begründung einer Behauptung angedeutet, d. i. was eine Sache zur Gewißheit bringt, die Wahrheit derselben außer Zweifel setzt, *das überzeugende Ergebniß der Beweisgründe oder Mittel, das Bewiesene.* Drittens bezeichnet der Ausdruck Beweis auch eine Handlung, und zwar besonders die Handlung des Beweisens im förmlichen Ver-

---

[2] L. 15. in fine D. de O. N. N., L. 14. D. de probat. L. 7. §. 5. D. de lib. causa. L. 8. §. 3. D. Si servit. vind. Dies wird in der Folge im Auff. VI. näher erläutert.

stande, die man auch Beweisführung nennt, — actus probandi, *die Beweisung*, — d. i. die wirkliche Darstellung oder Beibringung der Gründe für eine gewisse Behauptung, die Anwendung der Mittel, welche zur Ueberzeugung eines Andern, hier des Richters, abzwecken. In diesem Verstande sagt man: auf Beweis erkennen, mir liegt der Beweis ob, den Beweis antreten, versäumen, oder desert werden lassen [3]. Wird der Beweis von einer Partei geführt, um das Gegentheil dessen zu zeigen, was die andere eigentlich zu beweisen sucht, so heißt er Gegenbeweis [4].

§. 3. Hauptzweck aller Beweisführung im Civilprozeß.

Die Beweise, welche in Rechtssachen vor Gericht geführt werden, haben die Bewirkung der rechtlichen Glaubwürdigkeit — veritas juridica s. forensis — zur Absicht. Sie werden geführt, nicht um den Gegner, der in den meisten Fällen immer ungläubig bleiben würde, selbst nicht um den Richter, als Menschen, völlig zu überzeugen, sondern ihr Zweck ist schon erreicht, wenn die Wahrheit einer Behauptung mit Gründen unterstützt ist, die das Gesetz als hinreichend anerkannt hat, um eine vor Gericht geltende Gewißheit darauf zu bauen [5].

§. 4. Last des Beweises.

Der Ausdruck: Last des Beweises, Beweislast, onus probandi, ist der Sache sehr angemessen. Die gerichtliche Beweis-

---

[3] Man vergleiche übrigens hierbei noch Walch über die Begriffe, welche mit den Wörtern Beweisen, Beweismittel und Beweis verbunden werden; in dessen und Martin's Magazin für den gem. Deutsch. bürgerl. Prozeß I, 1. 2 und Gönner's Revision des Begriffs vom Beweise, mit den daraus abzuleitenden allgemeinen Grundsätzen; in seinem Handbuche des Deutsch. gem. Proz. II, 38. *Gensler über die Begriffe: Beweis ꝛc. im Archiv f. civil. Praxis I, S. 26—64. Linde Abhdl. aus d. Civil=Pr. I, S. 49. f. Mühlenbruch, Entwurf des gemeinr. u. preuß. Civ. Pr. 1827. F. 153.

[4] Wenn der Beklagte seine Einreden, oder der Kläger die Replik im eigentlichen Verstande zu beweisen sucht, so ist das kein Gegenbeweis, vielmehr dieser alsdann in beiden Fällen dem Gegentheile freizulassen. Die Eintheilung in reprobatio directa et indirecta ist an sich falsch. *Vergl. auch Mittermaier im ang. Archiv. VI, S. 342. ff. Linde a. a. O. S. 53. f. und schon Gönner Handb. II, 41, §. 2.

[5] J. F. Reitemeier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802. *von Globig, Vers. einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. Regensb. 1806. 2 Thle.

führung hat, an sich betrachtet, manche und große Schwierigkeiten, so sehr auch die Gesetze gesucht haben, so weit es mit Recht geschehen kann, sie zu erleichtern. An den gewöhnlichen Beweismitteln durch Zeugen und Urkunden fehlt es in unendlich vielen Fällen; freilich sehr oft durch eigne Schuld und Vernachlässigung der Parteien, welche die wichtigsten Rechtsgeschäfte abzumachen im Stande sind, ohne dabei auf Beweise für die Fälle künftiger Streitigkeiten Bedacht zu nehmen; und wenn man auch überhaupt von jenen Mitteln nicht ganz verlassen ist, wie leicht ist nicht das darauf gesetzte Vertrauen getäuscht, wie viel hängt dabei nicht von der Zeugen Redlichkeit, von ihrer Fähigkeit zu beobachten, das Wahrgenommene zu behalten und andern mitzutheilen, von der Bestimmtheit ihrer Aussagen, von der Beurtheilung des Richters, und dem Gewissen des Gegners ab? Wie leicht kann eine Urkunde durch eidliche Ableugnung vernichtet, oder ihre Beweiskraft durch unrichtige Deutung vereitelt werden? Alles dieses kann natürlich den Ausgang einer Streitsache, wenn sie zum Beweise verstellt wird, sehr mißlich und ungewiß machen. Wer aber auch hoffen darf, allen diesen Schwierigkeiten glücklich zu entgehen, wird doch wenigstens in dem Zeitverlust, den die Beweisführung gewöhnlich nach sich zieht, keine geringe Belästigung finden. Die Erfahrung lehrt daher, aber sie rechtferrigt es auch zugleich, daß Parteien in der Verhandlung ihrer Rechtssachen nichts so sehr, als die Uebernehmung gerichtlicher Beweise zu vermeiden suchen, vielmehr alles anwenden, um diese Last von sich auf ihre Gegner zu bringen. Bei den vielen Streitigkeiten, welche gerade hierüber zu entstehen pflegen, ist es also desto nöthiger, daß es an gewissen Regeln und Grundsätzen nicht fehle, wonach dieser Punkt in vorkommenden Fällen richtig zu entscheiden sei; und desto weniger wird das Bemühen, hierzu Anleitung zu geben, einer weitern Rechtfertigung bedürfen.

§. 5. Allgemeine Angabe der Quellen und Uebersicht der positiven Anordnungen in Ansehung der gerichtlichen Beweise.

Die Quellen, woraus diese Regeln für den Beweis und dessen Führung überhaupt geschöpft werden müssen, sind zunächst die Vorschriften der positiven Gesetze und Prozeßordnungen nach der bekannten Folge, wie sie in Gerichten zur Anwendung kommen, und wo sie für die vorkommenden Fälle keine Auskunft ertheilen, die Grund-

sätze, welche das Vernunftrecht nach der Natur der Sache, und die angewandte Logik an die Hand geben.

§. 6. Fortsetzung.

Die Unmöglichkeit, Thatsachen in der Ueberzeugung Anderer bis zur Evidenz und mathematischen Gewißheit zu bringen; die Gefahr, worin man in Rücksicht auf persönliche Freiheit und Eigenthum, durch willkürliche Zumuthung der Beweise, durch übertriebenen Zweifel, Mißtrauen oder zu große Leichtgläubigkeit der Richter gerathen kann: alles dieses mußte die Gesetzgebung sehr bald veranlassen, dem Zweifel der Gerichte bestimmte Gränzen anzuweisen, die Objekte des Beweises, die Verbindlichkeit, ihn zu führen, die Beweisarten, und die Gründe der förmlichen Wahrheit überhaupt, so weit es thunlich ist, genau zu bestimmen. Käme es bloß darauf an, den Richter, als Menschen, von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen, so würde das Schicksal der Parteien sehr übel daran seyn, und Mancher mit den bündigsten Beweisgründen den Unglauben der Richter nicht überwinden können, wenn dagegen ein Anderer mit den leichtesten Scheingründen bei einem Richter sein Glück machte, den bald Leichtsinn, bald eine gewisse gutmüthige Denkungsart, bald Vorurtheile, persönlicher Haß, oder leidenschaftliche Zuneigung gegen diese oder jene Personen, bald Mangel an Einsichten oder Erfahrungen, nur zu leicht für oder wider eine Behauptung bestimmen konnten. So weit es menschlichen Anstalten möglich ist, — und mehr muß und wird kein Vernünftiger hier erwarten — haben unsere Gesetze im Ganzen diesen Uebeln vorzubeugen gesucht, und vor allen Dingen 1) den Richter in Ansehung dessen, was bewiesen werden muß, nicht ganz ohne nähere Anweisung gelassen, ihn dabei auf die Natur der Sache geleitet, die auch in den nicht bestimmten Fällen seine Führerin sein muß. Eben so sind 2) die Regeln zur Bestimmung der Frage: Wer den Beweis führen müsse? aus den wesentlichen Verhältnissen der Streitsachen vor Gericht geschöpft, diesen aber auch Ausnahmen beigefügt, welche Billigkeit und persönliche Rücksichten zu erfordern schienen. Sie haben 3) die Beweisgründe, welche rechtlich die Wahrheit einer Behauptung völlig begründen, und daher den Richter nöthigen sollen, die dadurch beglaubigten Thatsachen als wahr anzunehmen, wie groß auch sein Zweifel dagegen sein mag, genau zu bestimmen gesucht.

Nicht nur die directen Beweise, welche gerade zu auf einen gewissen Satz führen, sind in dieser Hinsicht von den Gesetzen angedeutet, sondern auch 4) die Folgerungen aus andern Thatsachen auf die Wahrheit oder Unwahrheit eines zu beweisenden Umstands — probatio artificialis — dabei nicht außer Acht gelassen. Es giebt freilich Fälle, wo diese Folgerungen so dringend aus der Natur der Sache hervorgehen, daß die gesunde Vernunft unbedingt genöthigt ist, sie als wahr anzuerkennen, z. B. daß Jemand nicht an zweien Orten zugleich seyn, hier eine Handlung vornehmen, und doch anderswo zur selbigen Zeit sich habe aufhalten können. Auf Fälle dieser Art brauchte freilich die Gesetzgebung keinen Richter erst aufmerksam zu machen. Seine Vernunft bringt in ihren eigenen und unveränderlichen Gesetzen schon die Regeln dafür mit. Es bleibt aber eine Menge anderer Fälle übrig, wo dergleichen Schlüsse aus Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnissen der Personen und Sachen, wenn sie gleich mit dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, und mit dem Resultate der Erfahrung meistens zusammentreffen, dennoch in keiner ganz nothwendigen Abfolge davon stehen, die Möglichkeit des Gegentheils zulassen, und also trügen können. Diese sind es, die eine nähere Bestimmung nicht allein gestatten, sondern auch wirklich erfordern, um der Willkür des Richters nicht Alles Preis zu geben, vorzüglich um der Streitlust und Chikane billige Gränzen zu setzen, und selbst die Forderungen der Gerechtigkeit in Ansehung des Beweises der Thatsachen nicht in's Unendliche zu übertreiben, sondern vielmehr nach Möglichkeit mit dem gewöhnlichen Laufe der Dinge im Einverständniß zu erhalten. Daher die Anordnungen der Gesetze, wodurch gewisse Folgerungen aus gewissen Thatsachen dergestalt sanctionirt sind, daß der Richter, sobald dergleichen Thatsache erwiesen ist, oder als gewiß und nicht bestritten in den Akten vorkommt, auch die gesetzlich anerkannte Folgerung daraus gelten lassen, und als richtig annehmen muß, bis das mögliche Gegentheil von dem, der es für sich anführt, bewiesen wird — praesumtio juris. — Besonders gehören auch hierher die gesetzlich bestimmten Erklärungsregeln, wodurch dem Richter in zweifelhaften Fällen der Verträge und andern Verfügungen zu Hülfe gekommen wird. Einen wichtigen Theil der positiven Anordnungen machen 5) die Zeitbestimmungen und andere Vorschriften in Ansehung der Form der gerichtlichen Beweise aus. Die Gesetzgebung sucht endlich 6) nicht allein die Beweisführung durch manche Anstalten zu

erleichtern, indem sie den Staatsbürgern, denen es darum zu thun ist, ihre Rechtsgeschäfte öffentlich zu beglaubigen, zweckdienliche Mittel dazu anweiset, sondern auch nach Möglichkeit den Parteien zu Hülfe zu kommen, denen es nicht an Recht, wohl aber an vollständigen juridischen Beweisen gebricht, oder denen doch daran gelegen ist, die Sache mit Vermeidung weitläufiger Ausführung zu schlichten. Daher die Gestattung der Eidesdelation, und die Einführung der gesetzlichen Entscheidungseide.

Mehr und weniger haben sich zwar unsere in Deutschland geltenden Civilrechte die bisher angeführten Bestimmungen wirklich angelegen seyn lassen. Daß sie aber in jedem einzelnen Betrachte schon Alles geleistet hätten, was man von einer guten Gerichtsordnung erwartet, läßt sich freilich nicht behaupten, ohne ihre Vorzüge über den wahren Werth zu erheben. Was die Fragen anbetrifft, denen diese Schrift vorzüglich gewidmet ist, so wird man bei einiger Vergleichung sehr bald genöthigt, dem Römischen Rechte, wenn es gleich noch Manches zu ergänzen übrig läßt, doch wenigstens in Ansehung der Vollständigkeit den ersten Platz unter den übrigen gemeinen Rechten einzuräumen. Die Deutschen Reichsgesetze schränken sich nur auf die Förmlichkeiten des Beweises ein, und berühren kaum die Sache, worauf es hier ankommt. Was das Canonische Recht darüber enthält, ist häufig aus dem Römischen entlehnt, dabei aber nicht von Mißdeutungen und falschen Ansichten der Dinge freigeblieben, wovon unter andern bei dem Beweise der Verneinung Beispiele vorkommen.

Die Lehrbücher und Systeme des Civilrechts haben die Entscheidungen einzelner Rechtsfälle, welche der Titel: de probationibus, sowohl in den Pandekten als auch im Codex enthält, nicht immer gehörig genutzt, um die aus der Natur der Sache geschöpften Grundsätze, worauf jene Entscheidungen beruhen, sorgfältig zu erforschen, und eine vollständige allgemeine Theorie daraus zu bilden. Man hat gerade das, was im Text des Gesetzbuches die Hauptsache ist, und wovon dieses so mancherlei Ansichten darbietet, mit einem Paar allgemeiner Bemerkungen abmachen zu können geglaubt, die, weil sie in der Anwendung häufig ihren Dienst versagen, theils das jus controversum stattlich bereichert, theils aber in der wirklichen Rechtspflege manchen Nachtheil verursacht haben.

Die Frage: Was eigentlich zu beweisen sei? hat unsere Gelehrten im Ganzen weniger, als die andere: wer die Last des Beweises

zu übernehmen habe? beschäftigt. Diese hat bekanntlich von Zeit zu Zeit besondere Schriften veranlaßt [6]; jene findet man nur da, wo sie der Vollständigkeit wegen nicht zu übergehen war, im Vortrage des ganzen Civilrechts, in den Handbüchern der Prozeßtheorie, und den einzelnen Werken vom Beweise überhaupt, jedoch meistens nur kurz, beantwortet. In beider Rücksicht dürfte noch Manches zu ergänzen übrig seyn.

---

[6] Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 232. u. die daſ. angef. DD. denen unter den ältern noch *Fulv. Paciani* tract. Cui incumbat onus probandi. Erf. 1631. (c. praef. Sam. Stryckii Hanov. 1703. fol.) und unter den neuern noch *G. M. de Mezger* de onere probandi, et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altorf. 1800. beizufügen sind. *Wegen der neuesten Literatur vergl. unten zu Auff. VI, §. 1. Particularrechtliche Standpunkte nehmen Kitka die Beweislehre nach d. österr. Civ. Geſ. B. Wien 1836. F. G. Leue, Theorie des Beweiſes im Preuß. Civ. Prozeſſe. I. Bd. Aachen und Leipzig. 1835. (Mehr ist nicht erschienen.)

Eine Vorarbeit für die ganze Literatur der Frage könnte man zu finden glauben in

> *Jo. Leonh. Staudneri* J. U. Sciagraphia Probationis iudicialis una c. bibliotheca scriptor. huc spectantium. Praefationem praemisit D. *Chph. Guil. Staudner.* Frcf. & Lips. 1764. 4.

Allein das ganze, mit vieler Mühe erst erlangte, aus 70 Seiten bestehende Werkchen enthält nur eine vermeintlich systematische Rubricirung der Momente der Beweislehre, mit beigefügten Büchertiteln, die jedoch größtentheils nur aus Lipenius entlehnt sein möchten. Der specielle Theil betrifft nur den Zeugenbeweis. Eine am Schluß versprochene Pars II. wegen der übrigen Punkte ist wohl nie erschienen.

II.

Was muß bewiesen werden?

---

§. 1. Nähere Bestimmung der Frage.

Nur von der rechtlichen Nothwendigkeit des Beweises ist hier die Rede, in sofern die eine oder die andere Partei ihn führen muß, um den Richter, als solchen, von der Wahrheit eines Satzes zu überzeugen, den er ohne diesen Beweis nicht als gegründet anerkennen darf, gesetzt auch, daß er als Mensch keinen Zweifel dagegen hege. Ganz deutlich geht hieraus A) im Allgemeinen folgende Antwort auf die angekündigte Frage hervor: Was der Richter als solcher zum Zweck der Untersuchung und Entscheidung einer vorkommenden Rechtssache zu wissen nöthig hat, und was er nicht als Richter schon weiß, oder wenigstens wissen muß*), ist ein Gegenstand der rechtlich nothwendigen Beweisführung. Wird nun besonders B) in Beziehung auf einzelne gegebene Rechte oder Befreiungen gefragt, was zu beweisen sei? so ist die Antwort diese: Alles, worauf das vorkommende (beanspruchte) Recht, oder die Befreiung (von einem Recht), wovon die Rede ist, sich gründet, aber auch nur dieses muß bewiesen werden, insofern es dem Richter, als solchem, nicht schon bekannt ist, oder wenigstens ohne weitere Ausführung bekannt seyn muß.

§. 2. Das objective Recht, als solches, ist kein Gegenstand der gerichtlich nothwendigen Beweisführung.

Das Recht — jus pro lege s. objective sumtum — weiß, oder sollte wenigstens der Richter selbst schon wissen**), und That-

---

*) Nach des Herausgebers Ansicht ist der Satz des Verfassers nicht bestimmt genug. Vergl. die Zusätze.

**) Vielmehr sollen es in der Regel alle Staatsangehörige wissen. S. l. 12. C. de j. et f. ignor. L. 9. C. de LL.

sachen, von denen die Entscheidung der vorkommenden Rechtssache nicht abhängt, braucht er nicht zu wissen, mithin kann er über diese so wenig, als über jenes den Parteien eine Beweisführung aufbürden. Nichts kann also ausgemachter sein, als daß der gerichtliche und rechtlich nothwendige Beweis sich nur auf erhebliche, d. i. bei der Entscheidung des Streits nicht gleichgültige Thatsachen einschränke. Natürlich müssen aber diese Thatsachen 1) unter den Parteien noch streitig und nicht schon rechtlich in Gewißheit gesetzt seyn, noch 2) eine durch das Gesetz sanctionirte Vermuthung für sich haben.

§. 3. Fortsetzung und Einschränkungen des Satzes.

So einleuchtend wahr dies Alles an sich und im Allgemeinen auch ist, so erfordert es doch in mancher Rücksicht noch einige nähere Erleuterung.

Daß vor Gericht theils über Rechtssätze, theils über faktische Fragen gestritten wird, lehrt freilich die Erfahrung. Beides gehört auch allerdings zur Ausführung der Parteien, und es ist manchen Richtern höchst dienlich, auf diesem Wege auch an Rechtswahrheiten erinnert zu werden, die ihnen sonst vielleicht nicht gegenwärtig gewesen seyn möchten*). Allein zu den Obliegenheiten eines streitenden Theils gehört es doch nicht, das Recht, was in Ansehung der vorkommenden Thatsachen Statt findet, zu beweisen. Der Grund hievon ist, weil der Richter dazu bestellt wird, um durch seinen Ausspruch den Parteien zu erkennen zu geben, was die im Staate geltenden Gesetze in ihrer Angelegenheit mit sich bringen, daher er auch die Vorschriften der Gesetze, und was diesen gemäß ist, zu wissen verbunden ist, und nicht verlangen kann, über das objektive Recht, was die Parteien eben von ihm erfahren wollen, erst von diesen belehrt zu werden[1]. Sobald aber der gedachte Grund bei

*) Wie oft es hieran fehle, darüber s. Martin Heidelb. Rechtsgutachten I, S. 247.

[1] S. c. 44. X. de Apellat. vv. quum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes *necessariae* non existunt, und *Boehmer* ibid. in not. Zwar sagt Paulus L. 5. D. de probat. Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse, specialiter *lege* vel *constitutione*, id probari oportere. Allein diese Worte enthalten keine Abweichung von der angeführten Regel. Es ist hier von Befugnissen die Rede,

irgend einer Streitfrage, selbst wenn sie auch das Recht betrifft, wegfällt, so kann auch von jener Regel kein Gebrauch gemacht werden. Zuvörderst ist der Richter nicht schuldig, die Gesetze eines auswärtigen Staats zu kennen*). Kommen diese gleichwohl bei Rechtssachen, die er zu entscheiden hat, in Anwendung, so ist er allerdings berechtigt, den Parteien die Beibringung derselben oder die Bewahrheitung der auswärtigen Rechtsnorm aufzugeben. Zweitens, was die in dem Staate, dem er dient, geltenden Gesetze betrifft, so darf kein Richter die von der Gesetzgebung selbst und unter ihrer Autorität ausdrücklich ergangenen Vorschriften — jus scriptum — oder recipirten fremden Rechte, ignoriren. Es ist freilich eine faktische Frage; ob ein Gesetz gegeben, und gehörig bekannt gemacht sei, oder nicht? und man hat sich unter den Rechtsgelehrten darüber gestritten, was in diesem Betracht zu vermuthen, mithin von wem der Beweis zu führen sei. Sonderbar genug! Denn was kann bei näherer Prüfung der Sache wohl einleuchtender sein, als die Pflicht des Richters, sich selbst, und ohne Zuthun der Parteien, die gehörige Kenntniß von der Existenz bestehender Landesgesetze, und von der gehörigen Vorschrift derselben zu verschaffen. Er kann also die Gültigkeit irgend einer Verordnung, oder die rechtsbeständige Vorschrift und Bekanntmachung derselben nie zum förmlichen Beweise der Parteien ausstellen. Dahingegen ist es, und kann es die Pflicht des Richters nicht sein, alle von dem Regenten

---

die an sich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind. Macht nun Jemand vor Gericht Anderen dergleichen Recht streitig, so brauchen diese ihre Fähigkeit dazu nicht zu beweisen, sondern sie erwarten mit Recht von jenem den Beweis, daß sie zu denen gehören, die durch besondere Ausnahmen davon ausgeschlossen sind. Nicht anders sind auch die Worte Ulpians L. 19. §. 2. D. ibid. zu erklären: Sed etsi procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obiicientem exceptionem. Die Gesetze bestimmen hier nur die Frage: Wer beweisen müsse? ohne die Frage: Was zu beweisen sei? näher zu entscheiden. Dies muß also nach den Grundsätzen, die sonst davon gelten, auch hier beantwortet werden. Das besondere Gesetz, oder die rechtliche Ausnahme, als Rechtssatz betrachtet, bedarf daher keines Beweises, wohl aber der factische Grund der Ausschließung, daß dieser nämlich gerade so zutreffe, und wirklich so vorhanden sei, wie ihn das Gesetz oder die besondere Vorschrift voraussetzt. *Lauterbach* colleg. theor. pract. XXIII. 3. 22. Vergl. *Arn. Vinnius* in Sel. jur. Quaest. Lib. II, c. 11. 12.

*) Vergl. Borst über die Beweislast S. 2. f.

etwa ertheilten Privilegien *), imgleichen alle nicht von der Gesetzgebung selbst vorgeschriebenen, sondern durch den Gebrauch der Staatsbürger eingeführten Rechtsnormen zu wissen. Hierüber kann er also dem, dessen Ansprüche sich darauf gründen, allerdings die Beweisführung auflegen **). In der That aber betrifft diese alsdann auch nur die faktischen Fragen: ob Jemandem das behauptete Privilegium wirklich ertheilt sey, nnd ob man bisher eine gewisse Regel als verbindliche Rechtsnorm beobachtet habe? Dahingegen, wenn diese Thatsachen erst beigebracht sind, das Rechtsverhältniß derselben, d. i. Gültigkeit und Wirkung der Privilegien und Gewohnheiten, nicht mehr vom Beweise der Parteien abhängen, sondern, wie jede andere Rechtsfrage, ohne weitere Ausführung vom Richter zu bestimmen sind.

§. 4. Unterschied der blos faktischen und Rechts-Fragen.

Im Allgemeinen weiß freilich ein Jeder, daß es Rechtsfragen sind, wenn es darauf ankommt, was geschehen soll, oder darf, welche Folgen das Gesetz mit einer Handlung verbindet u. s. w.; faktisch hingegen die Fragen: was geschehen ist, was wirklich geschieht, was vorhanden oder gewesen ist, welche Absicht der Urheber einer Handlung gehegt habe? [1] u. d. m. Allein darauf wird nicht immer gehörig geachtet, daß den Vorschriften der Gesetze selbst häufig nur eine faktische Frage zum Grunde liegt, durch deren provisorische [*vorsorgliche*] Bestimmung sie dem Zweifel des Richters, und dem

---

*) Vielmehr: alle vom Gesetzgeber nicht allgemein promulgirten Rechtsbestimmungen. Vergl. l. 1. C. de mandatis.

) Vergl. **Mühlenbruch Doctrina Pandect. §. 39. not. 8. 9.

[1] In L. 20. pr. D. de adquir. vel omitt. hered. heißt es: pro herede autem gerere, non esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Offenbar ist pro herede gestio eine Thatsache — res facti; — allein die angeführten Worte sollen eigentlich so viel andeuten, daß Handlungen an sich die Sache, worauf es ankommt, noch nicht ausmachen, sondern alles von der Absicht abhänge, in welcher selbige unternommen wurden. *Voet.* comment. ad Pandect. XXIX, 2, 5. Uebrigens haben auch die Römischen Gesetze für das, was eigentlich die Absicht der handelnden Personen bei Geschäften mit sich bringt, vorzüglich den Ausdruck: id quod actum est, und machen es dem Richter zur Pflicht, vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen. L. ult. D. de hered. vel act. vend. L. 7. §. 1. D. de jure dot. L. 6. §. 2. D. de contrah. emt. vend. *L. 34. D. de R. J. A.

Streite der Parteien gewisse Gränzen zu setzen suchen. Dies findet überall da Statt, wo die Gesetze gewisse Erklärungsregeln für die zweifelhafte Absicht bei irgend einer Handlung, oder für den Sinn zweideutiger Ausdrücke festsetzen, überhaupt, wo sie eine eigentliche Rechtsvermuthung sanctioniren, und wird also in dem Abschnitte, welcher von diesem handelt, noch näher erläutert. Hier ist vorläufig nur Folgendes zu bemerken. Wenn das Gesetz sagt: Wer das Pfand an den Schuldner zurück giebt, oder in die Veräußerung desselben einwilligt, giebt sein Pfandrecht auf: so heißt das natürlich nicht, daß der Gläubiger das Eine oder das Andere gar nicht unternehmen dürfe, ohne sein Recht zu verlieren, und daß weiter gar keine Einwendung dagegen Statt finde; sondern das Gesetz bestimmt nur, wie der Richter das Faktum anzusehen, welche Absicht der Parteien er dabei zum Grunde zu legen, und welche Folgen er der Handlung zuzugestehen habe, bis überwiegende Gründe ihn auf etwas Anderes leiten. Dieser Beweis des Gegentheils, er mag nun direct durch ausdrücklichen Vorbehalt und andere bestimmte Erklärungen, oder mittelbar aus besondern Umständen und Verhältnissen geführt werden, bleibt immer offen. So verhält es sich in allen Fällen, wo die Gesetze nur in Ansehung einer faktischen Frage dies oder jenes bestimmen, besonders auch bei den Erklärungsregeln der Privatverfügungen durch Verträge und Testamente, wovon das Römische Recht theils im Allgemeinen, theils für einzelne Arten zweifelhafter und unbestimmter Ausdrücke so manche Beispiele liefert. Sie dienen dem Richter nur dann zur Norm, wenn nichts weiter bei der Sache, als der gesetzlich erklärte Gegenstand an sich, und keine besondere Umstände für eine andere Deutung in Betrachtung kommen. Es ist alsdann freilich eine Rechtsfrage, was die Gesetze am Ende als wahr angenommen wissen wollen, und auch hier ist weder das punctum juris vom Beweise der Parteien abhängig zu machen, noch steht es dem Richter frei, sich in thesi darüber ganz hinweg zu setzen. Aber die Frage, zu deren Entscheidung dies Alles dienen soll, in welcher Absicht nämlich etwas geschehen, in welchem Sinne oder Umfange ein gewisser Ausdruck gebraucht sey? diese Frage bleibt doch immer faktisch, und die erwähnten Bestimmungen der Gesetze sind daher von andern Vorschriften sorgfältig zu unterscheiden, wodurch gewisse Rechte und Verbindlichkeiten als nothwendige Folgen einer Handlung bestimmt werden, und wo die Gesetze nicht eigentlich andeuten, was als geschehen oder nicht geschehen, als gewollt oder nicht gewollt

anzunehmen sey, sondern was aus dem wirklich Geschehenen, nachdem dies zuvor erst erwiesen ist, rechtlich folgen soll. Daß ein Verkäufer für die Mängel der verkauften Sache, oder für die Eviction derselben haften müsse, ist eine rechtliche Folge des Kaufcontrakts, nicht aber, wie jene Vorschrift, nach vermuthlicher Einwilligung des Verkäufers angeordnet, wenn es diesem gleich frei steht, sich durch besondere Verträge gegen die Anforderungen des Käufers wegen der Gewährleistung zu sichern. Der Beweis dieser Verträge, womit er allerdings zu hören ist, betrifft aber nicht, wie in jenen Fällen, gerade das Gegentheil dessen, was die Gesetze bei einer Handlung, die mehrere Deutungen zuläßt, einstweilen vermuthet wissen wollen, sondern eine ganz eigene und besondere Thatsache, wodurch das Recht, welches der Kauf an sich dem Käufer geben würde, weiter eingeschränkt und aufgehoben werden soll.

§. 5. Was Rechtens, nicht aber, was faktisch ist, darf der Richter von Amtswegen in den Verhandlungen der Parteien ergänzen.

Die bekannte Regel, welche den Richter im Civilprozesse verbindet, nichts bei der Entscheidung zum Grunde zu legen, als was die Akten gewiß und erwiesen mit sich bringen *), ist buchstäblich nur von Thatsachen zu verstehen, die er freilich nicht anders für richtig annehmen darf, als wenn die Parteien darüber einig, oder rechtliche Beweise davon vorhanden sind, ohne dabei den Kenntnissen, die er sonst etwa erlangt haben mag, im mindesten folgen zu dürfen. Bloße Rechtssätze hingegen und gesetzliche Vorschriften soll er sogar von Amtswegen ergänzen und berichtigen, wenn die Parteien solche entweder gar nicht für sich angeführt, oder unrichtig gefaßt hätten. [1] Daß diese Ergänzung da, wo sie Befugniß des Rich-

---

*) Die Entstehung dieses allgemein angenommenen Satzes verdankt man besonders den Interpretationen von l. 6. §. 1. D. de off. Praes. Vergl. Covarruvias Var. resol. 1, 1. Im gem. d. Proceß ist er eine richtige Folge der darin herrschenden schriftlichen Verhandlungsmaxime.

[1] L. un. C. ut quae desunt Advocat. „Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis adsistant, minus fuerit dictum, id supplere, et proferre, quod sciet legibus et juri publico convenire — also 1. in facto nichts ergänzen; mithin auch 2. Rechtssätze nur in sofern, als sie einer Partei wirklich noch zuletzt zu Gute kommen, und insofern die Thatsachen, wovon ihre Anwendung abhängt, ganz unleugbar rechtlich am

ters ist, doch nicht immer zugleich auch dessen Schuldigkeit seyn sollte, wie Wehrn hier unterscheidet, läßt sich nicht füglich behaupten. In L. 40. pr. D. de judiciis heißt es zwar: Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati *); und dies kann in manchem Betrachte wohl zutreffen. Wenn die Parteien z. B. sich gemeinschaftlich der Gerichtsferien begeben: so kann der Richter zwar ihren Anträgen willfahren; aber daraus folgt nicht, daß er es auch müsse **). Hingegen, daß er die Vorschriften der Gesetze nach Gutbefinden ergänzen und außer Acht lassen könne, dies beweisen die angeführten Worte wohl nicht. Die Anwendung des Rechts auf vorkommende Fälle ist Pflicht des Richters, und er darf hier nichts thun, wozu er nicht auch verbunden ist ***).

§. 6. Rechtsfragen können nicht als illiquid zur besonderen Ausführung verwiesen werden.

Da bloße Rechtssätze von Seiten der Parteien gar keines Beweises bedürfen, so folgt von selbst, daß auch in einer Prozeßart, welche keine illiquiden Einreden gestattet, dennoch eigentliche Rechtsfragen nie als altioris indaginis zur besondern Verhandlung verwiesen werden können. Wie streitig auch immer das Recht unter den Rechtsgelehrten, und wie zweifelhaft es an sich dem Richter seyn mag, so sind doch die Parteien nicht schuldig, es dem Richter auszuführen. Illiquide Einreden sind diejenigen, die noch erst eines Beweises bedürfen. Bloße Rechtssätze erfordern diesen aber nie in dem Verstande, wie hier davon die Rede ist; also können auch Einreden, die nur darauf gestützt sind, gar nicht als illiquide verworfen werden [1]. In Ansehung der Thatsachen, womit es die förmliche Beweisführung eigentlich nur zu thun hat, wird Folgendes noch zur nähern Erläuterung dienen.

Tage liegen. Mehr von diesem Ergänzungsamte des Richters ist bei Wehrn von gerichtl. Einwendung. §. 66—68. nachzusehen.

*) Vergl. des Herausg. System des röm. und d. Civil=Pr. §. 266.

**) Wenigstens nicht unter allen Umständen.

***) Dies ist er aber namentlich auch im Falle d. l. 26. D. de re iud. „Si convenerit inter litigatores, quid pronuncietur, non abs re erit, iudicem huiusmodi sententiam proferre.“

[1] *Brockes* observat. select. legum 443. Man sehe auch des Verf. Schrift über die Prozeßkosten. §. 8. u. 9.

§. 7. Rechtliche Wirkung des Urtheils, wodurch eine gewisse Thatsache zum Beweis verstellt worden.

Das Erkenntniß auf Beweis bringt allemal so viel mit sich, daß die Ansprache oder Befreiung, derentwegen der Beweis gefordert wird, nicht als schon völlig gerechtfertigt, aber auch nicht an sich und unbedingt als ungegründet und verwerflich zu betrachten ist, sondern daß die Entscheidung der Sache nun von der Wahrheit oder Unwahrheit der zum Beweise ausgesetzten Umstände abhängig wird *). Hieraus folgt also: a. der Beweisführer darf sich nichts anders als Thatsachen, die mit dem Gegenstande des Streits in der vorhin bemerkten rechtlichen Beziehung stehen, zum Beweise aufdringen lassen. Aber auch b. der Gegner ist nicht schuldig, zuzugeben, daß eine Sache, die wider ihn keinen rechtlichen Erfolg haben kann, dennoch zum Beweise ausgestellt werde. Denn durch das Beweisinterlocut legt der Richter den Thatsachen, wovon es redet, eine günstige Wirkung für den Beweisführer bei. Läßt der Gegner sich dies gefallen, so muß er nachher auch leiden, daß die Sache nun nach den Folgen, die diesen Thatsachen rechtskräftig zugestanden sind, entschieden werde. Um dies zu verhüten, wird er suchen müssen, die Rechtskraft des Beweisurtheils zu hintertreibeu.

§. 8. Nöthige Sorgfalt der Richter und Sachwalter in Ansehung dessen, was eigentlich zur Begründung einer Klage oder Einrede gehört.

Das bisher Gesagte zeigt wohl sehr einleuchtend, wie nöthig, oder eigentlich wie unentbehrlich die genauere Prüfung Alles dessen, was zur Begründung eines gewissen Rechts, einer daraus angebrachten Klage oder Einrede gehöre, sowohl Richtern als Sachwaltern

---

*) Diese Ansicht ist freilich jetzt streitiger als je. Für des Verf. Ansicht sind **Mevius** p. II, dec. 301. **Gensler** im Arch. f. civ. Pr. I, S. 362 f. (jedoch mit Einschränkungen S. 373. f.) **Gönner** Handb. d. d. P. I, 10, 20. **Claproth** Grds. d. ordentl. Proc. §. 214. u. d. das. Not. d. angef., auch **Mühlenbruch** Entw. des Civ. Proc. §. 368. u. **Treitschke** de his, quae tacite judicantur sentent. prima. Lips. 1830. 4. cap. VI. Für die entgegengesetzte Ansicht sind: **Hommel** Rhaps. obs. 111. 470. **Kind** Quaest. for. III, c. 85. 87. **Strube** rechtl. Bed. IV, 73. (n. 255. Spang.) **Martin** Lehrb. d. C. Pr. §. 180. **Mittermaier** im Arch. f. civ. Pr. I, S. 136. Der Herausgeber in s. Institut. S. 373. f. (System §. 371. 398.) Vgl. überhaupt noch **Götz** im ang. Archiv VI, S. 161. f. und **Guyet** ebds. XV, 401.

sey; jenen, um besonders darnach das Beweisthema gehörig zu bestimmen, und, in wiefern ein versuchter Beweis das Ganze, worauf es ankommt, erschöpfe, zu beurtheilen; diesen, um theils beim Anfange eines Rechtsstreits zwischen den leichter oder schwieriger auszuführenden Rechtsmitteln die gehörige Auswahl treffen, und im Voraus auf die erforderlichen Beweise Bedacht nehmen zu können [1], theils um sich selbst in der Folge die Beweislast nicht ohne Noth zu erschweren, oder ungebührliche Ansinnungen in diesem Betrachte mit rechtlichem Bestande ablehnen, wiederum aber auch mit Erfolg dafür sorgen zu können, daß es dem Gegner, dem ein gewisser Beweis obliegt, nicht gelinge, mit nichts entscheidenden oder unzulänglichen Beweissätzen durchzukommen.

§. 9. Kann definitiv erkannt werden, so findet kein Beweis-Interlocut Statt.

Viele Richter sind freilich geneigt, statt des definitiven Erkenntnisses, sich durch ein Interlocut auf Beweis von der Sache abzuhelfen, wenn sie auch zu jenem schon hinlänglich instruirt ist. Dies hat schon Leyser [2] mit Recht getadelt, und dabei die Ursachen, welche diese Erscheinung in den Prozessen veranlassen, freimüthig angegeben. Wo der Richter nach zureichenden Gründen definitive entscheiden kann, da ist es höchst ungerecht, durch Erkenntnisse auf Beweis den Ausgang der Sache in Ungewißheit zu setzen, wenigstens zu verzögern.

§. 10. Auch die freiwillige Beweisantretung darf der Richter nicht zulassen, wenn sie unerheblich ist.

Nicht weniger ungerecht ist es, die Ausführung unerheblicher und nichts entscheidender Thatsachen von Gerichtswegen auch nur zuzulassen, wenn eine Partei es darauf anlegt, die förmliche Beweisführung darüber zu anticipiren *). Ist es dem Richter nach den Akten und den Rechnungen schon einleuchtend, daß der Beweis ganz überflüssig sey, so muß er jeden Antrag auf förmliche Einleitung desselben verwerfen. Sonderbar kam der Inhalt eines Urtheils

---

[1] Beiträge zu der Lehre v. gerichtl. Klagen und Einred. II. und III, 10.

[2] Meditat. ad Pand. sp. 467, med. 1. *Unzureichende Gründe für das Gegentheil finden sich unter andern bei Hommel, Anl. die Ger. Acten zu extrah. II, 1, §. 59.

*) Vergl. Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. I, S. 126. f. J. R. A. §. 50.

heraus, als der Richter einen gewissen Beweis erst selbst gestattet, auch das gebetene Zeugenverhör verfügt hatte, in der Folge aber den Kläger mit diesen Worten abwies: „daß, wenn er auch probanda probiret hätte, die angebrachte Klage dennoch nicht Statt finden würde.“ Hiebei muß ein ganz eigner Begriff von probandis zum Grunde liegen, die, wenn sie auch erwiesen (probiret) sind, dennoch dem Beweisführer nicht zu Gute kommen sollen. Sichtlich stand dies Erkenntniß mit dem vorigen Verfahren des Richters in dem hellsten Widerspruche *).

§. 11. Gehörige Bestimmung des Beweissatzes.

Das Faktische, was zum Beweise verstellt wird, kann 1. in einzelnen völlig bestimmten Handlungen bestehen, z. B. daß Verklagter mit Klägern diesen oder jenen Contrakt geschlossen, die Zahlung geleistet habe, und hier muß natürlich die Beweisführung gerade auf diese einzelnen facta gerichtet werden — der Beweissatz ist durch den Gegenstand selbst hinlänglich bestimmt; 2. in allgemeinen Vorwürfen, Eigenschaften, Verhältnissen und Erwerbungen der Rechte überhaupt, z. B. wenn es darauf ankommt, das Eigenthum einer Sache, andere dingliche Rechte, besonders sogenannte Gerechtigkeiten, das Versehen eines Andern u. d. m. zu beweisen. Dies läßt sich durch mehrere einzelne Thatsachen auf mancherlei Art ausführen, und es genügt daher, wenn der Beweisführer nur solche Umstände, mit welchen der allgemeine Gegenstand des Beweises in einer richtigen Abfolge steht, — facta concludentia — beibringt.

Der Richter hat nun ganz vorzüglich für die gehörige Bestimmung des Beweissatzes zu sorgen, damit durch ungebührliche Einschränkung oder Ausdehnung desselben, imgleichen durch das Schwankende und durch Unbestimmtheit des Ausdrucks die Rechtsverfolgung oder die rechtmäßige Vertheidigung dagegen nicht ganz vereitelt, oder doch wenigstens ungerechter Weise erschwert werde.

Daß die ältere Form: Kläger solle den Grund der Klage, und

---

*) Vertheidigt man jedoch die zweite, §. 7. Not. * angeführte Meinung, so bleibt kein anderer Ausweg übrig. Vergleiche Hommels Flavius, Allgem. Reg. §. 39. a. E. Bei einer freiwilligen Beweis-Anticipation ist das obige Urtheil unbedenklich, wenn auch in der Form anstößig. Vergl. Hagemanns Erört. VI, n. 37, S. 183.

so viel ihm daran verneint worden, beweisen, zu nichts tauge *), als bequemen Richtern die Sache leicht zu machen; daß sie im Gegentheil in der Folge sehr leicht zu unnützen Streitigkeiten über den Umfang des Beweises, und dazu, daß dieser eine ganz falsche Richtung erhalte, einen Anlaß geben könne, darüber ist man jetzt wohl ziemlich einverstanden. In wiefern aber bei jenen Gegenständen des Streits, wo der Grund einer Klage oder Einrede bald aus dieser, bald aus jener Thatsache bewahrheitet werden kann, der Beweis nur auf die Wahrheit dieser Behauptung im Ganzen zu richten sey, z. B. daß Kläger oder Verklagter das behauptete Eigenthum, oder die dem Gegner vorgeworfene Culpa u. s. w. zu beweisen, schuldig, so daß dem Beweisführer nun überlassen wird, mit welchen einzelnen Thatsachen er die Wahrheit seiner Behauptung näher zu begründen vermeine; oder ob die besondern facta, welche zu diesem Zweck bereits in den Verhandlungen vorkommen, namentlich im Urtheile mit angeführt, und zum Beweise ausgesetzt werden müssen, läßt sich vielleicht im Allgemeinen nicht geradezu bestimmen [1]. Im Durchschnitt genommen, möchte das Erstere wohl den Vorzug verdienen, indessen kann doch den Eigenheiten vorkommender Fälle das Gegentheil angemessener seyn. Wenn der Kläger es gerade für gut findet, zur Zeit nur aus einer gewissen Erwerbart das Eigenthum zu behaupten und zu verfolgen, so dürfte es richtiger seyn, den Beweissatz auch hierauf nur einzuschränken, wenigstens den von ihm angegebenen Grund des Eigenthums auszudrücken, und ihm durch den Zusatz: oder sonst dessen Erwerb zu beweisen, — die Beibringung anderer Gründe nur frei zu lassen, damit aus einer zu allgemeinen Fassung des Beweissatzes in der Folge, wenn aus andern Gründen geklagt wird, dem Gegner zu frivolen Ausflüchten

---

*) Und doch wird sie die Rechte der Parteien bei Weitem weniger gefährden, als zuweilen die specielle Beweisnormirung. Vergl. des Herausg. Institutionen des Civilproc. S. 352. f. Deltze Anl. zur gerichtl. Praxis. §. 118. Gö̈tz im Arch. f. civ. Pr. VI, S. 163. f.

[1] Vergl. von Tevenar Theorie d. Beweise S. 170 bis 173. Claproth ordentl. Proz. §. 214. Danz Grundſ. d. gem. ord. Proz. §. 233. Gönner in den Erörterungen zu Danz. S. 65. * Martin Lehrbuch d. C. Pr. §. 180. Gensler Arch. für civ. Pr. I, S. 350. f. Linde Lehrb. d. C. Pr. §. 240. Collmann Grundlin. einer Theorie d. Beweises. S. 98. f.

wegen vermeinter Rechtskraft kein Anlaß gegeben werde *). Hat ferner eine Partei zur Begründung ihres Vorgebens zum Theil solche Thatsachen angeführt, die, wenn sie auch erweislich wären, doch die daraus abgeleitete Folge nicht rechtfertigen würden, so ist es desto nöthiger, daß der Richter durch genauere Bestimmung, was eigentlich in facto zu erweisen sey, besonders auch durch Verwerfung dessen, was nicht dahin gehört, den unnützen Ausführungen ganz unerheblicher Umstände zuvorkomme, wozu sonst der allgemeine und unbestimmte Ausdruck des Urtheils leicht einen Anlaß geben kann.

§. 12. Der Richter ist keineswegs an die von den Parteien angeführten facta gebunden.

Ueberhaupt ist der Richter keineswegs an die von einer Partei, welche zu beweisen hat, selbst angeführten Thatsachen durchaus gebunden. Was den faktischen Grund der Klage oder Einrede ausmacht, muß bewiesen werden, er mag beim Vortrag derselben schon bestimmt angeführt seyn oder nicht. Der Richter soll nichts in facto von Amtswegen ergänzen, d. h. keine Thatsachen bei der Entscheidung zum Grunde legen, wenn die Akten selbst darüber keine Auskunft geben. Aber damit ist nicht gesagt, daß er sich gerade nur an den Vortrag der Klage oder der Einreden binden müsse. Leyser [1] bemerkt sehr richtig: Judex sententiam laturus ante omnia libellum quidem inspiciet, ex eoque quid actor petierit, cognoscet: deinde vero naturam negotii, quod in judicium deductum est, ante oculos habebit, postea acta et probata accurate considerabit, et perspecto ex iis facto secundum jus et aequitatem, quae in L. 8. C. de judiciis juri stricto praeferri jubetur, judicabit, rationem vero libelli aliter, quam quo usque is cum indole negotii actisque et probatis convenit, non habebit. Igitur, si petitionem actoris vel cum negotii natura, vel cum actis et probatis, vel cum justitia et aequitate pugnare animadvertet, liberrime ab eo recedet, et vel aliud plane, quam quod petitum est, vel alio modo decernet. Er hat dies Alles so gründlich weiter ausgeführt, daß es völlig genügen darf,

---

*) Dies würde aber gerade durch den vorgeschlagenen Zusatz in dem bemerkten Falle am Ersten bewirkt werden. Auch ist derselbe offenbar gegen l. 11. §. 2. D. de exc. rei iud. und c. 3. de sent. et re iud. in 6.

[1] De non necessaria sentent. ad libell. conformat. Med. ad P. sp. 468, med. 18.

den Leser darauf zu verweisen. Kann daher der Richter sogar bei völlig entscheidenden Erkenntnissen sich über den Ausdruck der Klagen und exceptivischen Vorträge hinwegsetzen, so wird es noch weniger Bedenken finden, zuvor noch erst gewisse Thatumstände, von denen die Entscheidung der ins Gericht gebrachten Sache abhängt, zum Beweise auszustellen, obgleich der Vertrag der Parteien solche nicht, wenigstens nicht so, wie sie eigentlich bei der rechtlichen Entscheidung in Betracht kommen, ausgedrückt hat *).

---

*) Arg. l. 12. D. de R. dubl. „Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.“ Vergl. l. 66. D. de iudiciis. Daß jedoch Weber im Obigen zu weit gehe, behauptet Gensler im Archiv f. civil. Pr. I, S. 344., mit Martin Lehrb. §. 181. Alles kommt darauf an, ob im Beweisverfahren keine andern Thatsachen angebracht werden dürfen, als bereits im Vorverfahren angeführt sind, was mit Grunde nicht zu leugnen ist, und bis wie weit der Richter ein fehlerhaftes Vorbringen verbessern darf, worüber die angeführten Stellen zum Theil Maaß und Ziel geben. Er kann es nämlich in sofern die Verträge wenigstens Andeutungen besonderer Gründe und Thatsachen enthalten — und in soweit keine unzuläßige mutatio libelli s. exceptionis begünstigt werden würde. Man setze z. B. Jemand hat publicianisch auf Hölzer geklagt, jedoch in dem Libell hinsichtlich der Uebergabe nur angeführt: daß er nach dem mit seinem Verkäufer abgeschlossenen Handel dieselben angezeichnet habe. Hier kann wohl das Beweisthema unbedenklich durch Verbesserung des nicht ganz klaren Vortrags dahin gestellt werden: daß Kläger mit Bewilligung des Verkäufers die fr. Hölzer zum Merkmal der Uebergabe angezeichnet habe. — Offenbar hat sich unser Verfasser nicht mit genugsamer Bestimmtheit ausgedrückt, und zu weit gegangen wäre er, hätte er wirklich die Meinung gehabt, daß auch gar nicht im Entferntesten von den Parteien angedeutete Thatsachen zum Beweise gestellt werden könnten.

III.

Nähere Bestimmung des Grundsatzes: Was schon erwiesen ist, bedarf keines weitern Beweises; — imgleichen über das Notorische.

§. 1. Rechtskräftig anerkannter Beweis macht förmliche Wahrheit, jedoch der Regel nach nur unter den streitenden Theilen.

Thatsachen, die bereits rechtlich erwiesen sind, muß der Richter als wahr annehmen. Er kann also nicht noch einmal Beweise darüber fordern *).

Ist ein Umstand als ganz ausgemacht *bereits* rechtskräftig anerkannt, mithin der Zweck aller Beweisführung schon erreicht, so ist es in einer nothwendigen Folge wenigstens förmlich eben so ge=

*) Diese Behauptung enthält einen Cirkel, wenigstens eine Unbestimmtheit und einen ungenügenden Uebergang. Der Verfasser mußte und wollte unstreitig sagen: „Die gewöhnliche Behauptung: Was schon erwiesen ist, bedarf keines weitern Beweises — hat in sofern seine unumstößliche Richtigkeit, als dasjenige, was nach den Rechten, wenn auch nur formell unter den jetzigen Parteien oder überhaupt für juristisch gewiß gehalten wird, auch von dem Richter ohne weitere Beweisführung für wahr angenommen werden muß. Dies ist unter mehr oder weniger Beschränkungen der Fall

1. mit dem Inhalt eines de= oder referirten Eides, je nachdem derselbe geschworen oder erlassen, oder für geschworen oder als verweigert anzusehn ist (ein Gegenstand, den der Verf. gänzlich übergangen hat; s. aber des Herausgebers Institutionen des Civil=Proc. S. 200. oder System §. 228. f.).

2. mit dem Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils;

3. mit dem Inhalt eines vollgültigen Geständnisses;

4. mit Rechtsvermuthungen;

5. nach der gewöhnlichen Meinung auch bei s. g. notorischen Dingen, wovon nun im weitern Verfolg zu handeln ist.“

wiß, daß das Gegentheil dessen nicht wahr sey, folglich kann auch dieses nicht noch zum Beweise verstellt werden *). Wie aber das förmliche Recht, was durch den Ausspruch des Richters erzeugt wird, nur die Parteien bindet, in deren Rechtssachen es ergangen ist, so macht auch ein geführter gerichtlicher Beweis eigentlich nur förmliche Wahrheit unter den Parteien, in deren Rechtsstreite er geführt worden ist. Wird unter andern Beziehungen dieselbe Thatsache wieder geleugnet, so ist jener Beweis, als res inter alios acta an sich und geradezu noch nicht gleich entscheidend [1]. Man kann sich der Mittel, wodurch er geführt worden ist, und der Gründe, welche in andern Sachen die juridische Gewißheit eines Umstandes bewirkt haben, allerdings auch hier bedienen; nicht aber das bestrittene Faktum als schon wirklich erwiesen zum Grunde legen. Der Gegner muß vollständig mit allen Einreden, die er dawider zu haben glaubt, besonders mit Bestreitung der Beweiskraft der in andern Sachen zur Begründung des streitigen Gegenstandes angewandten Mittel, gesetzt auch, daß ihm dort die Rechtskraft solches ganz versagt hätte, gehört, und überhaupt die Sache jetzt wieder in den Weg der ordentlichen Beweisführung eingeleitet werden. Wem der Richter in seinem Streite mit A das Eigenthum einer Sache als erwiesen zugesprochen hat, der kann, wenn er dasselbe Objekt in der Folge von B vindicirt, den förmlich von Neuem zu führenden Beweis des bestrittenen Eigenthums auf den Grund der rechtlichen Wahrheit, die jener Rechtsstreit darüber darbietet, noch nicht ablehnen. — Wenn eine Civilklage aus einem Verbrechen angestellt, und der Verklagte, nach gegen ihn geführtem Beweise, zur Privatgenugthuung verurtheilt worden ist, so berechtigt dies den Criminalrichter noch nicht sofort, die Sache schon als völlig ausgemacht zu behandeln, und ohne weiteres mit seinem Straferkenntnisse hervorzugehen. Auch umgekehrt kann der zur öffentlichen Strafe Verurtheilte, wenn in der Folge besonders civiliter geklagt, und die That ganz oder zum Theil

*) L. 56. D. de re iud.

[1] L. 1. C. Inter alios acta vel jud. aliis non noc. „Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est. Unde licet quosdam de heredibus ejus, quem debitorem tuum fuisse significas, solvisse commemores, tamen caeteri non alias ad solutionem urgentur, nisi debitum probatum fuerit.“ *Tiefer gehende Untersuchungen über diese allerdings nicht völlig hieher gehörige Frage s. b. Keller, über Litis-Contestation und Urtheil. Zürich, 1827. bes. S. 359. ff.

von ihm geleugnet wird, auf gehörige Beweisführung dringen, und der Kläger diese mit dem Vorwande, daß in der Criminalsache schon Alles erwiesen sey, nicht geradezu ablehnen, wenn es ihm gleich unbenommen bleibt, sich der Beweisthümer, die die Criminalakten enthalten, zum Zweck des ihm obliegenden Beweises zu bedienen, wogegen aber der Verklagte mit allen Einreden, die er noch dagegen zu haben glaubt, vollständig gehört werden muß *). Das Gegentheil würde schon darum nicht zu billigen seyn, weil bisweilen öffentliche, obgleich s. g. außerordentliche Strafen auch ohne vollständigen Beweis des Verbrechens schon auf dringende Wahrscheinlichkeitsgründe erkannt werden. Ich lasse es hier dahin gestellt seyn, in wiefern dies den Rechten gemäß sey. Aber so viel ist doch gewiß, daß der Verklagte dadurch nicht verpflichtet wird, die Sache nun auch im Civilstreite als förmliche Wahrheit anzunehmen. Noch ungerechter wäre es, wenn z. B. ein Ehegatte, der durch seine Schuld die Vermuthung eines begangenen Ehebruchs, und durch diese die Entscheidung veranlaßt hatte, darum schon gleich zur öffentlichen Strafe des Ehebruchs verurtheilt werden sollte. Der Regel nach können daher die in einer Sache geführten Beweise nicht auch in andern Streitigkeiten, und noch weniger gegen einen Dritten an sich schon zur juridischen Gewißheit als genügend angenommen werden. Nur gewisse Verhältnisse der verschiedenen Rechtssachen gegen einander, besondere Verfügung der Gesetze, und persönliche Beziehungen der Parteien können Ausnahmen von dieser Regel veranlassen. Wer z. B. mit einem rechtmäßigen Gegner über den persönlichen Zustand gestritten hat, kann den über das Daseyn oder Nichtdaseyn des Zustandes geführten Beweis, und das darauf ergangene rechtskräftige Erkenntniß in der Folge überall auch wider jeden Andern als förmliche Wahrheit und förmliches Recht geltend machen [2].

---

*) Vergl. Kleinschrod im N. Arch. d. Crim. R. II, S. 276. Mittermaier die deutsche Strafverf. I, S. 22. f. Des Herausg. Instit. des Civ. Pr. S. 107. (System §. 129.)

[2] L. 25. D. de statu hominum. „Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.“ L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. pr. D. de agnoscend. et alend. lib. „Quae causa si fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit, quum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum in omnibus causis, quare et fratribus suis consanguineus erit; sive contra pro-

Ueberhaupt gehören zu diesen Ausnahmen die bekannten Fälle *), in welchen die unter gewissen Parteien eingetretene Rechtskraft gegen einen Dritten wirksam ist, weil hieraus von selbst folgt, daß alsdann auch die förmliche Wahrheit der Thatsachen, worauf sich diese Rechtskraft gründet, von dem Dritten in eben der Maße anerkannt werden muß, als er die rechtskräftige Entscheidung selbst wider sich gelten zu lassen verbunden ist [3].

§. 2. Das Notorische soll keines Beweises bedürfen. Prüfung dieses Satzes.

Gewöhnlich wird auch das Notorische mit angeführt, wenn von Dingen die Rede ist, die keines Beweises bedürfen. Das Römische Recht weiß nichts von dieser Ausnahme [4]; die ganze Sache verdankt ihren Ursprung den Machtsprüchen der Päbste, in deren

---

nunciaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit, placet enim ejus rei judicem jus facere, et ita Marcellus libro septimo Digestorum probat. eoque jure utimur.“ Vergl. L. 3. Dig. de collus. detegenda.

*) Der Verf. scheint folgende im Sinn gebabt zu haben. 1. Was gegen einen Erblasser rechtskräftig erkannt ist, bleibt auch für die Erben rechtsverbindlich. 2. Die Fälle in l. ult. D. de re iudicata. 3. Den Fall eines Evictionsurtheils nach vorgängiger Litisdenunciation an den Auctor. 4. Die sonst noch bei Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 153. Not. 8—11 vermerkten. Vergl. dazu Keller a. a. O. §. 46. Brackenhoeft Identität §. 17.

[3] Nur versteht sich dies, so wie das vorher Bemerkte, immer in der Voraussetzung, daß das Urtheil nach förmlicher Verhandlung der Sache, nicht aber bloß in contumaciam non respondentis ergangen seyn muß, als in welchem Falle die Rechtskraft an sich einem Dritten nicht nachtheilig werden kann. L. 17. §. 1. L. 18. D. de inoffic. testam. „Quum contra testamentum, ut inofficiosum, judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem judicatum sit; hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri, et ideo libertates competunt, et legata petuntur. — De qua re etiam constitutio exstat Divorum fratrum, quae hujusmodi distinctionem admittit.“ Daß dieser Zusatz ein emblema Triboniani sey, wie Anton Faber, in Rational. ad Leg. cit. behauptet, läßt sich nicht überzeugend darthun. Die erwähnte Constitution selbst findet sich in L. 14. §. 1. D. de appellat. näher angeführt. Gegen die eignen Erben des in contum. Verurtheilten hat jedoch gewiß die Sentenz volle Wirkung. S. überhaupt wegen der Wirkungen einer Condemnatio in contumaciam: Brackenhoeft in Sell. Zeitschr. II, Heft 2 u. 3.

[4] Auch der Ausdruck ist in dieser Bedeutung dem Römischen Rechte ganz fremd. Notoria, deren in L. 6. §. 3. D. ad S. C. Turpill. L. 7. C. de accusat. und andern Gesetzen erwähnt wird, sind Anzeigen, Berichte, elogia. *Cuiacius* observat. I, 33. *Matthaeus* de crimin. proleg. cap. 4. n. 15.

Plan es nicht gehörte, in Fällen, wo es auf Abweichungen von Kirchenglauben und Kirchendisciplin, besonders der Geistlichen, ankam, eine weitläufige und förmliche Untersuchung zu gestatten; daher hieß es kurz und gut: Quodsi factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari, quum talia probationem, vel ordinem judiciarium non requirant [5]; die heiligen Väter versäumten auch nicht, dies häufig in ihren Decretalen einzuschärfen [6]; und wundern darf es uns wohl keineswegs, daß auch die weltlichen Richter ähnlichen Maximen folgten, wie denn besonders in den Zeiten des Mittelalters unter dem Vorschub sogenannter notorischer Vergehungen die gröbsten Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege vorgingen. Karl V. setzte seine Gerichtsordnung auch diesem Unwesen entgegen [7], wiewohl seine Vorschriften noch Manches zu wünschen übrig ließen. Nach und nach hat sich das Criminalverfahren in diesem Betrachte den Forderungen der Gerechtigkeit immer mehr genähert.

Was den Civilprozeß betrifft, so kommt zwar der Satz, daß notorische Thatsachen keines Beweises bedürfen, in den Lehrbüchern immer noch vor. Man hat aber das Mißliche dieser Ausnahme von Zeit zu Zeit sehr gut wahrgenommen. Dies beweisen die verschiedenen Begriffe und Bestimmungen, deren man sich bedient, um den Satz an sich in der Lehre vom Beweise aufrecht zu erhalten, weil er nun einmal das Ansehen eines Gesetzes für sich hat. Alles führt aber am Ende doch dahin, daß es entweder der gedachten Ausnahme von der Regel gar nicht bedarf, daß sie ganz überflüssig, oder auch ganz falsch und verwerflich ist; und alle Autorität des Canonischen Rechts ist nicht hinreichend, dies im mindesten zu ändern. Denn was ist nun eigentlich notorisch, und unter welchen Bedingungen hat der Richter eine Thatsache als notorisch wahr anzunehmen? Der Pabst Alexander III. bemerkt selbst und warnt den Richter: Quum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne quod

---

[5] Cap. 3. X. de testib. cogend. vel non.

[6] Cap. 10. X. de fil. presbyt. ord. cap. 3. X. de eo qui cognov. consang. cap. 9. X. de accusat. cap. 23. X. de elect. et elect. potest. cap. 21. X. de jurejurando. *J. H. Böhmer* J. E. P. tit. de judiciis (II. 1.) §. 5—11. hat diese Vorschriften trefflich gewürdigt.

[7] *J. S. F. de Böhmer* meditat. in C. C. C. XVI. 2. * Schwerlich möchte indessen in der peinl. H. G. O. selbst eine Abänderung des canonischen Rechts zu finden seyn.

dubium est, pro notorio videaris habere [8]. Versteht man darunter, was die Verhandlungen der Parteien bereits klar zu Tage legen, was nicht bestritten, oder was schon in diesem Streite ausgemacht ist, kurz wie man sagt, de quo ex actis constat: so ist ja der ganze Satz, daß das Notorische keines Beweises bedürfe, völlig identisch mit der allgemeinen Regel, daß nur zweifelhafte, mithin nicht schon erwiesene Thatsachen, gerichtlich zu beweisen sind. Soll aber durch das Notorische angedeutet werden, was allgemein bekannt, und wovon der Richter außer den Akten schon hinlänglich überzeugt ist, so führt der Satz unvermerkt auf eine große Unrichtigkeit. Richter und Obrigkeiten dürfen zwar wohl bei gewissen provisorischen Verfügungen dies oder jenes als allgemein bekannt einstweilen zum Grunde legen; so auch bei Thatsachen, welche beiläufig in einem Rechtsstreite vorkommen, ohne jedoch eigentliche Gegenstände des Beweises zu seyn, den darüber im Publikum vorhandenen Nachrichten ihre Glaubwürdigkeit zugestehen. Sobald aber irgend ein Faktum als Grund einer Klage oder Einrede vorkommt, und vom Gegner bestritten wird, so müssen Beweise darüber geführt, und diese zu den Akten gebracht werden, weil 1. der Richter überhaupt nur nach den Akten und was diese mit sich bringen, nicht aber nach seiner Privatkenntniß der Thatsachen urtheilen darf. Ist diese Grundregel aller gerichtlichen Rechtspflege unleugbar richtig [9], so kann die Aus-

---

[8] Cap. 14. X. de appellat.

[9] Nach der Natur der Sache kann Niemand Zeuge und Richter in einer Sache zugleich seyn. Daher auch die Gesetze den Richter in Ansehung der Thatsachen immer auf das verweisen, was die ordentlichen Beweise derselben mit sich bringen; nur die Ergänzung dessen, was juris ist, ihm von Amtswegen gestatten, L. un. C. ut quae des. Advoc. nie aber, was das Faktum betrifft, seiner eigenen Wissenschaft von Dingen, die den Akten nicht gemäß sind, eine Stelle unter den Entscheidungsgründen einräumen. L. 6. §. 1. D. de off. praesid. geht zwar von dem Grundsatze aus, daß die Wahrheit an sich unter den Irrthümern, die eben in Akten vorkämen, nicht leiden könne und solle: Veritas rerum erroribus gestarum (besser wohl nach Haloander gestorum) non vitiatur. L. ult. C. de re jud. Allein keinesweges wird dem Richter erlaubt, sich schon bloß nach seinem Besserwissen über die Akten hinweg zu setzen, sondern es heißt gleich darauf weiter: et ideo Praeses Provinciae id sequatur, quod convenit eum ex fide eorum quae probabuntur (sequi). Wenn es also darauf ankäme, einen Satz, der aus dem Verhältnisse und dem ganzen Zwecke des Richteramts so deutlich folgt, mit positiven Gesetzen zu belegen, so dürfte das Angeführte allerdings als Beweisstelle gelten, obgleich Cujas Ob-

nahme, welche das Notorische in erwähntem Verstande machen soll, durchaus nicht bestehen, da sie die Regel umwirft, und den Richter ganz über die Grenzen seines Amts, welche Vernunft und Recht ihm anweisen, hinwegsetzt. Was würden auch die Richter nicht Alles als notorisch annehmen, so falsch und unerweislich es immerhin an sich auch seyn möchte [10]. Wie leicht würde man, besonders bei vermeinten Gewohnheitsrechten, mit diesem Behelfe ohne Wahrheit durchkommen, da es so viele Richter giebt, die an Nichts so leicht, als an die leidige Praxis glauben, und daher sehr bald mit der Aussage, daß diese oder jene Gewohnheit notorisch sey, bei der Hand sind. Ist 2. eine Behauptung wirklich eben so wahr, als sie allgemein dafür anerkannt wird, so werden auch Beweise derselben desto leichter seyn; wenigstens kann es dem Gegner, wenn es an diesen Beweisen fehlt, nicht zugemuthet werden, die Behauptung dennoch wider sich gelten zu lassen. Unsere Lehrbücher sagen daher auch zum Theil, daß, wenn das Notorische geleugnet würde, es alsdann auch bewiesen werden müßte. Durch diese Einschränkung wird der ganze Satz wieder aufgehoben, wenigstens durchaus unnütz. Denn was der Gegner nicht bestreitet, braucht man auch nicht zu beweisen, es mag übrigens allgemein bekannt seyn, oder nicht. Unrichtig aber ist es, wenn man gar behauptet, daß in dem erwähnten Leugnungsfalle die Notorietät der Sache bewiesen werden müsse. Das Recht, worüber die Parteien streiten, hängt von der Wahrheit ihrer Behauptungen ab, nicht davon, ob sie notorisch sind; daher wird auch jene, nicht aber das Letztere, zu beweisen seyn [11]. — Es bleibt endlich 3. völlig im Zweifel, woran überhaupt das Notorische sich erkennen läßt; welche Merkmale und Bedingungen es giebt, um dies von einer Thatsache mit Sicherheit sagen zu können, so wie es eigentlich die darauf zu gründende Entscheidung des Richters billig vor-

---

servat. XII, 19. es dafür nicht anerkennen will. Zur Casuistik der Frage gehört übrigens, was bei Gellius Noct. Att. XIV, 2. bei *Bachov.* ad Treutler. Vol. I, disp. XII, thes. 14. e. f. und dagegen bei Ziegler in Dicast. concl. 35. über die Sache vorkömmt. *Vergl. auch Covarruvias Var. resol. I, 1.

[10] Daher auch Innocenz III. cap. 8. X. de collat. clericor. selbst bemerkte: Si vero publicum est, non ex evidentia, sed ex fama, in eo casu ad condemnationem eorum sola testimonia non sufficiunt, quum non sit testimoniis sed testibus judicandum. Man vergleiche hiemit auch noch c. 20. C. 2. qu. 1.

[11] *J. H. Böhmer.* J. E. P. Tit. de probat. (II, 19.) §. 2.

aussetzt. Und wenn auch die historische Gewißheit irgend einer Begebenheit im Ganzen als völlig ausgemacht anzunehmen wäre, so können und werden doch häufig die besondern Umstände, worauf es gerade in der vorkommenden Rechtssache ankommt, noch höchst ungewiß seyn. Mit einem Worte, jede Freiheit, die man dem Richter zugesteht, sich unter dem Vorwande des Notorischen über die Regel des Prozesses wegzusetzen, wird immer zu einer argen Willkür führen, und die Rechtspflege großen Mißbräuchen Preis geben. *)

*) Ohne Zweifel ist der Verf. in der Verwerfung der s. g. Notorietät zu weit gegangen. S. darüber die Zusätze.

IV.

Ueber das Geständniß, und dessen rechtliche Wirkung *).

---

§. 1. Begriff des Geständnisses.

Man beruft sich auf Zeugnisse, wenn man die Aussage eines Andern für einen Satz anführt. Wenn aber dieser Satz selbst gegen den gelten soll, der ihn behauptet hat, so ist von Geständnissen die Rede. Fateri non tertii est, sed rei [1]. Indeß kann auch dieser Ausdruck allerdings von Zeugen gebraucht werden, und man bedient sich seiner auch wirklich, insofern, was ein Zeuge angiebt, ihm in der Folge selbst, oder den sonst von ihm geschehenen Aussagen, wieder entgegen gesetzt wird. Die Ausdrücke: Zeuge bekennet selbst, muß selbst gestehen, u. s. w. kommen daher nicht selten in den Ausführungen der Parteien vor. Mit einer nähern Angabe und Prüfung mancher Begriffe und Eintheilungen des Geständnisses, die sich in unsern Lehrbüchern und Systemen finden, will ich den Leser und mich nicht aufhalten. Daß Bekenntnisse sich nicht bloß auf eigene Handlungen dessen, von dem sie herrühren, oder auf Begebenheiten, die ihn selbst betroffen haben, einschränken, — daß sie nicht immer in Beziehung auf eine gegenseitige Behauptung, und schon als Er-

---

*) S. überhaupt v. Tevenar Theorie der Beweise II, 2. S. 89 ff. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes. §. 292 ff. Gönner Handbuch des gem. deutschen Processes II, 43. *Schneider vom rechtlichen Beweise §. 72—106. Gensler im Archiv f. civ. Prax. I, S. 41. f., jetzt vorzüglich B. Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civil-Prozesses. Berlin, 1827. 8. S. 250. ff. Brackenhoeft im Arch. f. civ. Pr. XX, 248., daneben des Herausgebers System des röm. u. d. Civ. Pr. §. 223. f.

[1] *Gesner* thesaur. art. Fateor. ibique cit. *Donat.*

klärung über diese abgegeben werden, — daß nicht Alles, was Jemand selbst, auch in seinen Angelegenheiten, behauptet, mit dem Namen eines Geständnisses belegt werden könne, — daß vielmehr dieser Begriff nur die besondere Beziehung andeutet, da eine gewisse Behauptung dem, der sie vorbrachte, selbst entgegen steht, — alles dieses könnte zwar zu gegründeten Einwürfen, gegen die Begriffe Anderer, gebraucht werden, muß aber einem Jeden, auch ohne meine Erinnerung nach den verschiedenen Formen, worin Bekenntnisse vorkommen, von selbst schon einleuchten. **Das Geständniß ist eine Aussage, wodurch Jemand etwas, das wider ihn gelten soll, als wahr anerkannt hat.**

§. 2. Gegenstände des Geständnisses.

Im Allgemeinen betrachtet kann das Geständniß sich über Alles erstrecken, was wider Jemanden vorzubringen ist, es mag in der Bejahung oder Verneinung bestimmter Thatsachen, in der Behauptung irgend eines Rechts, einer Forderung und Verbindlichkeit überhaupt, oder selbst in bloßen Rechtssätzen bestehen. Allein vor Gericht, und zum Zweck rechtlicher Entscheidung der Streitsachen kann doch das Geständniß nur bei solchen Dingen, die von der Ausführung der Parteien abhangen, und von ihnen zu begründen sind, in Betrachtung kommen. Es klingt immer etwas sonderbar, wenn die Entscheidungsgründe der Urtheile bei Anführung eines Rechtssatzes nicht unbemerkt lassen, daß der verlierende Theil solchen selbst als richtig zugestanden habe. Nicht nur an sich ist dies höchst gleichgültig, sondern es müßte auch billig schon darum gar nicht einmal erwähnt werden, weil das Urtheil sich auf Gesetze und, was diesen wirklich gemäß ist, gründen soll, und der Richter sogar durch das Gesetz angewiesen ist, die von den Parteien oder ihren Sachführern in gerichtlichen Vorträgen unrichtig angenommenen Rechtssätze zu berichtigen [2].

---

[2] L. 1. D. de confess. welche hiebei noch einigen Zweifel veranlassen könnte, wird in der Folge Note 18. näher erklärt. *Vergl. indeß auch die bereits oben angef. l. 26. D. de re iud. wornach die Parteien sich durch Convention allerdings einem a jure communi (nur nicht publico) abweichenden Grundsatze unterwerfen können.

§. 3. Glaubwürdigkeit des Geständnisses überhaupt.

In Dingen, die Jemand vor Gericht zu bewahrheiten hat, ist das Geständniß des Gegners ganz vorzüglich zu beachten. Nicht leicht wird der Mensch Etwas als wahr behaupten oder annehmen, wovon er nachtheilige Folgen gegen sich voraus sieht, wenn er nicht von der Wahrheit des Behaupteten wirklich überzeugt ist. Im Ganzen führt dies freilich zu einer innern Glaubwürdigkeit dessen, was Jemand selbst zugesteht, die aber doch immer noch von gewissen Bedingungen abhängig ist, wenn sie dem Richter völlig genügen soll. Denn darin sind wohl Alle einig, daß nicht einer jeden Erzählung oder Aeußerung, die Jemand von sich, oder von Dingen, die ihn angehen, irgend einmal gemacht hat, schon eine entscheidende Beweiskraft gegen ihn beigelegt werden könne. Die Menschen erzählen und behaupten wissentlich Manches gegen die Wahrheit von sich, rühmen sich sogar bisweilen begangener Verbrechen, die sie nicht verübt haben, und sagen überhaupt aus Scherz, Leichtsinn und Prahlerei nicht selten Dinge, die, im Wege Rechtens als wahr und erwiesen angenommen, ihnen nachtheilig werden könnten. Es würde äußerst hart und ungerecht seyn, auch dem menschlichen Umgange übertriebenen Zwang anlegen, wenn Bekenntnisse, in diesem Umfange genommen, schon immer eine völlige Beweiskraft hätten. Mit dem Unterschiede des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses ist die Sache gar nicht ausgemacht. Wenn das erstere volle Beweiskraft hat, so ist diese doch auch dem letztern an sich keineswegs zu versagen. Davon giebt die tägliche Erfahrung unzählige Beweise durch Handschriften und andere Urkunden, denen die volle rechtliche Glaubwürdigkeit blos wegen des, obgleich außergerichtlichen, Geständnisses, welches sie enthalten, dennoch zukommt. Nur darauf kommt es an, ob das Geständniß unter Umständen und in Verhältnissen abgelegt wurde, die nicht füglich eine andere Absicht als die, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, oder gewisse Rechte und Verbindlichkeiten dadurch zu begründen, vermuthen lassen. Dahin gehört nun unstreitig a) wenn es auf dem Grunde einer rechtsgültigen Disposition über das Seine beruhet, und vermittelst selbiger ertheilt, oder b) wenn es bei Gelegenheit der Sachen, die es betrifft, gegen Personen abgelegt ward, die ein vollkommenes Recht hatten, aufrichtige Erklärung zu fordern, oder denen man dies Recht wenigstens zugestand. Hat Jemand bei Schließung eines Rechtsgeschäftes, bei Uebernahme einer Verbindlichkeit u. d. m. Thatsachen anerkannt, die

damit in Verbindung stehen, so sind diese mit eben dem Rechte als wahr anzunehmen, wie das Geschäft, oder die Verfügung selbst als ernstlich gemeint zu betrachten ist. Waren die Personen, denen das Bekenntniß abgelegt ward, vollkommen berechtigt, die Angabe der Wahrheit zu verlangen, oder handelte man mit ihnen vermöge ihrer rechtlichen Theilnahme an der Sache, so folgt von selbst, daß die aus Pflicht und Schuldigkeit, oder wenigstens aus anerkanntem rechtlichen Interesse jener Personen, abgegebene Erklärung natürlich gegen ihren Urheber und Alle, die in dessen Stelle treten — nicht, wie sich von selbst versteht, gegen einen Dritten — als richtig und beweisend gelten muß [3a]. Außer diesen angegebenen Verhältnissen berechtigt meine Erklärung noch Niemanden, mich daran festzuhalten, und Ansprüche an mich oder meine Sachen darauf zu gründen. Jemand schrieb z. B. an einen Andern, der ihn um eine Anleihe ersucht hatte, daß er jetzt kein baares Geld besitze, sondern sich bereits selbst 50 Reichsthaler von Mevius geliehen habe. Von ungefähr bekam dieser den Brief in die Hände, klagte auf 50 Rthlr., und als ihm auferlegt ward, die Anleihe zu beweisen, berief er sich auf das in jenem Briefe enthaltene Geständniß. Dies allein konnte nichts beweisen. In wiefern jedoch ein, obgleich an sich nicht bündiges, Geständniß dennoch andern bei der Sache vorkommenden Beweisgründen eine gewisse Verstärkung geben, und in Verbindung mit diesen praesumtionem hominis begründen könne, hängt von der Beurtheilung des Richters nach den Umständen ab.

§. 4. In wiefern das Geständniß zu den Beweismitteln gehöre.

Man ist streitig darüber, ob das Geständniß den Beweismitteln beigezählt werden könne *). Ist von Beweisen in der weitläufigen Bedeutung des Worts die Rede, und versteht man unter Beweismitteln auch selbst die Gründe für die Wahrheit einer Behauptung, so leidet es freilich kein Bedenken, das Bekenntniß mit dahin zu zählen, da es allerdings zu den vorzüglichsten Gründen der rechtlichen Gewißheit gehört. Bezieht sich aber die erwähnte Frage auf

---

[3a] Vergleiche Struben rechtl. Bed. I, 159. und Westphal Rechtsgutacht. u. Erkennt. d. bürgerl. Rechts tit. de confess. (XLII.) §. 2. *S. a. Gensler a. a. O. S. 31. Brackenhoeft a. a. O. S. 252.

*) Gensler a. a. O. S. 49.

die förmliche Beweisführung im strengen Verstande (I, §. 1.) so dürfte das Gegentheil richtiger seyn. Denn ist ein gewisser Thatumstand im Verhör oder in Verhandlung der Sache vom Kläger oder Verklagten zugestanden, so ist er ja nicht mehr streitig, folglich die förmliche Beweisführung darüber nicht erforderlich, mithin kann auch nicht weiter von Mitteln derselben die Rede seyn. Wird aber über den Umstand, worauf es ankommt, unter den Parteien gestritten, und vom Richter Beweis gefordert, so kann dieser freilich auch durch Geständnisse, die außergerichtlich, oder bei andern Gelegenheiten vor Gericht [3b], abgelegt worden sind, bewirkt werden, aber genau betrachtet sind alsdann doch Zeugen, Urkunden oder Eidesdelation, durch welche das Geständniß beigebracht wird, als die eigentlichen Beweismittel anzusehen.

§. 5. Wirkungen der Geständnisse.

Die gemeinen in Deutschland geltenden Rechte haben die Wirkung der Geständnisse im Allgemeinen durch ausdrückliche Vorschriften nicht ganz vollständig bestimmt. Das Römische Gesetzbuch tit. de confessis hat es nur mit denen zu thun, die vor der Obrigkeit Etwas zugestanden haben *); so auch das Canonische Recht. Ueber die Kraft des außergerichtlichen Geständnisses kommt nur bei Gelegenheit der Handschriften Etwas vor. Des mündlichen ist ausdrücklich nicht erwähnt worden **). Was in der Peinlichen Gerichtsordnung Carls V. von Bekenntnissen vorgeschrieben ist, schränkt sich auf das Criminalverfahren ein, kann folglich in Civilstreitigkeiten keine Anwendung finden. Die Natur der Sache muß hier die allgemeinen Grundsätze an die Hand geben. Diese werden sich auch in einzelnen Vorschriften des positiven Rechts anerkannt finden ***); und desto weniger wird ihre Anwendung da, wo es an näherer Bestimmung fehlt, zu bezweifeln seyn.

[3b] Die rechtliche Wirkung dieser Geständnisse hat Gönner Handb. II, 43, 12. sehr richtig beurtheilt.

*) Aber auch der tit. D. de Interr. i. i. fac. war nicht zu vergessen.

**) Vergl. indeß l. 12. in fin. C. de N. N. P.

***) In den Zusätzen wird der Herausgeber zu zeigen suchen, daß das positive gemeine Recht noch mehr anwendbare Vorschriften enthält, als nur einzelne abgerissene Sätze.

§. 6. Fortsetzung.

Man redet, wenn es auf die Wirkung der Geständnisse ankommt, bald von der Beweiskraft und Verbindlichkeit, bald von förmlicher Wahrheit und förmlichem Rechte derselben, ohne sich auf eine nähere Bestimmung der Begriffe einzulassen. Gleichwohl ist dies Alles hier doch nicht einerlei. Das Geständniß hat a. Beweiskraft, insofern überhaupt dadurch die Glaubwürdigkeit einer gewissen Behauptung begründet wird. Es macht b. förmliche Wahrheit aus, einmal in der weitläufigen Bedeutung, insofern diese Beweiskraft die juridische, oder vor Gericht genügende Gewißheit der Sache rechtlich außer Zweifel setzt; im strengen und eigentlichen Verstande aber, insofern es die rechtlich anzunehmende Wahrheit eines Satzes dergestalt begründet, daß dadurch jeder Streit über die wirkliche Wahrheit der Sache gänzlich ausgeschlossen wird. Wie läßt sich aber sagen, daß es auch c. eine Verbindlichkeit wirke? Vielleicht mittelbar, insofern diese eine Folge der Thatsachen ist, die man zugestanden hat? Allein dann wäre doch eigentlich der Grund der Verbindlichkeit in den gedachten Thatsachen selbst, nicht aber in dem Geständnisse, wodurch die Wahrheit jener nur anerkannt wird, zu suchen. Das Bekenntniß ist verpflichtend, insofern Jemand dadurch schuldig wird, das als wahr und richtig gelten zu lassen, was er selbst, oder der, an dessen Fakta er gebunden ist, einmal dafür anerkannt hat. Es wirkt in diesem Betrachte d. förmliches Recht im strengsten Sinne unter den Parteien, wenn es in ihrer Angelegenheit, so viel den zugestandenen Punkt anbetrifft, als völlig entscheidende Rechtsnorm dergestalt gilt, daß, von dieser Seite betrachtet, kein weiterer Streit über das wirkliche Recht mehr Statt findet.

§. 7. Fortsetzung.

Nach diesen hier zuvörderst festgesetzten Begriffen wird sich die Sache nunmehr auf folgende allgemeine Grundsätze zurückbringen lassen:

Erstlich. Das Geständniß, wenn es mit den vorhin §. 3 bemerkten Bedingungen der Glaubwürdigkeit gehörig begleitet ist, setzt der Regel nach eine Sache rechtlich in Gewißheit, hat volle Beweiskraft, und macht förmliche Wahrheit in der weitläufigen Bedeutung des Ausdrucks gegen den, von dem es herrührt, und alle diejenigen, die an dessen Handlungen gebunden sind. Dieser Satz gilt, als Regel betrachtet, von den Geständnissen überhaupt,

sie mögen schriftlich oder mündlich, vor Gericht, oder außergerichtlich, ertheilt seyn *). Es gehört zu den Ausnahmen, wenn die Gesetze im Civilprozesse den schriftlichen Geständnissen über den Empfang a. des Darlehns, b. des Brautschatzes, c. der Bezahlung einer Schuld oder der Quittungen, die Beweiskraft binnen einer gewissen Zeit nach ihrer Ausstellung noch nicht gestatten, und wenn im Criminalprozesse diese Wirkung des Geständnisses gleichfalls manchen Einschränkungen unterworfen ist. Die Regel, als solche, bleibt darum nicht minder wahr [4].

Zweitens. Bekenntnisse, bei denen jene Bedingungen der rechtlichen Glaubwürdigkeit nicht gänzlich zutreffen, haben auch die volle Beweiskraft nicht, können aber darum doch den Umständen nach, in Verbindung mit andern Gründen, zum Beweise mit beitragen, und sind also nach den Regeln, die bei unvollständigen Beweisen überhaupt eintreten, zu beurtheilen.

Drittens. Mit der vollen Beweiskraft, welche den Geständnissen zukommt, und der förmlichen Wahrheit, welche dadurch im Allgemeinen begründet wird, ist die rechtliche Möglichkeit der Ausführung des Gegentheils noch nicht aufgehoben. Der Richter darf und soll freilich den gehörig zugestandenen Umstand bei der Entscheidung der Sache als ausgemacht zum Grunde legen; allein so lange diese Entscheidung noch nicht wirklich erfolgt, und in die Rechtskraft eingetreten ist, bleibt im Ganzen der Beweis des Gegentheils noch frei. Die Natur der Sache rechtfertigt diesen Satz durchaus, und kein Gesetz ist ihm, als Regel genommen, entgegen. Geständnisse lassen, wie alle Beweise rechtlicher Gegenstände, an sich die Möglichkeit des Gegentheils übrig. Aus der Beweiskraft und förmlichen Wahrheit überhaupt folgt daher nichts weiter, als daß die Sache jetzt, und so lange nichts Anderes gezeigt wird, für richtig und gewiß gelten dürfe; keineswegs aber, daß der, dem ein Geständniß entgegensteht, mit diesem Beweise des Gegentheils gar nicht weiter zu hören sey **). Ein anderes ist immer der Grund

---

*) *Müller* obs. ad Leyseri med. obs. 767. Martin Lehrbuch d. b. Proz. §. 181.

[4] L. 25. §. 4. D. de probat. L. 14. C. de contrah. vel committ. stipul. cap. 14. X. de fide instrument. S. auch die folgende fünfte Note.

**) Der Ausnahmen sind freilich so viele, daß bei gerichtlichen Geständnissen wenigstens der Satz auch umgekehrt gestellt werden könnte. Vergl. Linde Lehrb.

eines Rechts oder einer Verbindlichkeit, und etwas anderes die Bewahrheitung dieses Grundes. Wenn zwei Zeugen eine Geldanleihe durch ihre Aussage beglaubigen, so wird doch Niemand sagen, daß das Recht des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners aus dem Zeugnisse herrühre; sondern Jedermann wird diesen Entstehungsgrund in der Thatsache des geliehenen Geldes, und diese nur durch das Zeugniß bewiesen finden. Treten daher andere Beweise jenen Zeugen entgegen, so verliert sich auch die faktische Richtigkeit, welche ihr Zeugniß sonst dargelegt haben würde. Nicht anders verhält es sich mit dem Geständnisse. Durch dasselbe wird in facto für wahr erklärt, was einen Grund von Rechten und Verbindlichkeiten ausmacht; selbst aber ist es nicht causa obligationis; nur als Bewahrheitung der letztern kann es betrachtet werden, und als solche muß es nothwendig seine Kraft verlieren, wenn das Gegentheil in facto gezeigt werden kann. Wer also vor Gericht oder außergerichtlich in Handschriften und anderen Urkunden, oder auch mündlich Thatsachen, welche Rechte und Verbindlichkeiten zur Folge haben, als wahr eingesteht, vermöge derselben Forderungen Anderer einräumt, und sich dagegen zu gewissen Leistungen verpflichtet, ist darum noch nicht gleich als ein solcher zu behandeln, der sich diesem Allen ganz unbedingt unterworfen habe, jene Thatsachen mögen übrigens wirklich der Wahrheit gemäß seyn oder nicht.

§. 8. Fortsetzung.

Kein Gesetz hat auch die Wirkung des Geständnisses im Allgemeinen anders bestimmt [5]. Daher sind unstreitig die Fälle als

---

d. Civ.-Pr. §. 256. N. 19. 20., auch Walch im Magaz. I, 1, S. 87. f., und überhaupt Brackenhoeft a. a. O. S. 377. f.

[5] Vielmehr heißt es in L. 7. C. de jur. et facti ignor. ganz allgemein: Error facti nec dum finito negotio nemini nocet, nam causa decisa velamento tali non instauratur. Die in der vorigen Note 4. schon angeführten Gesetze sind hier noch bestimmter, wenn gleich dieser Beweis in gewissen Verhältnissen in Ansehung der Mittel etwas eingeschränkt ist, wie L. 25. §. 4. D. de probat. zu erkennen giebt. „Si ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit, tunc stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.“ Fast gleichlautend verordnete der Vorgänger Justinians in L. 13. C. de non num. pecun. „Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque

Ausnahmen von der Regel zu betrachten, wo das Geständniß mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit im strengsten Verstande vorkommt, und die weitere Bestreitung der Richtigkeit seines Inhalts gänzlich ausschließt. Diese Ausnahme kann nur Statt finden: A) vermöge besonderer Privatverfügung; B) nach bestimmter Vorschrift der Gesetze.

A. Den ersten Grund finden wir in jeder gültigen Willenserklärung, wodurch Jemand Rechte oder Forderungen Anderer, und seiner Seits gewisse Verbindlichkeiten unbedingt dergestalt als richtig anerkennt, daß die Absicht, durch diese Anerkennung selbst die gegenseitigen Rechte und Forderungen völlig zu begründen und die rechtliche Möglichkeit einer Bestreitung derselben gänzlich aufzuheben, deutlich hervorleuchtet. Daraus, daß Jemand einen Umstand zugiebt, selbst wenn er vom Gegentheil überzeugt ist, folgt diese Absicht an sich noch keinesweges. Der Aussteller einer Handschrift kann es wissen, daß er das Geld, dessen Empfang er bekennt, nicht erhalten habe, und muß darum doch mit seinem Einwande gehört werden. Noch weniger wird man dieses dem, der aus Irrthum das Unwahre als wahr einräumte, versagen können. Ob der Irrthum vermeidlich oder unvermeidlich, verschuldet oder nicht verschuldet war,

---

pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit, causae probationem stipulatorem exigere, quum suis confessionibus adquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere." So viel ist gewiß, daß der Beweis des Gegentheils durch das vorhandene Geständniß geradezu und an sich nicht ausgeschlossen ist. Von der Einschränkung in Ansehung der Mittel dieses Beweises, die sich als besondere Wirkung der Handschriften oder Schuldverschreibungen auf andere Fälle nicht anwenden läßt, (*J. H. Böhmer* de collis. probat. cap. 2. §. 8. Exercit. ad D. Tom. IV. p. 220.) ist hier die Rede nicht. Sonst wäre Justinians nachherige Verordnung L. 14. C. de contrah. vel committ. stipulat. in den Worten: liquidis ac manifestissimis probationibus, et melius quidem, si per scripturam vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores ostenderit etc. und die Vorschrift Gregors IX. cap. 14. X. de fide instrum., welche ganz allgemein, und ohne weitere Bestimmung dahin lautet: Si causam, propter quam hujusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris te id indebite promisisse, dabei nicht außer Acht zu lassen.*

macht hier ebenfalls keinen Unterschied. Immer fehlt es dabei doch an der Absicht des Bekennenden, sich auf jeden Fall und unbedingt den Anspruch des Andern gefallen zu lassen.

Gesetzt aber, daß eine bisher streitig gewesene Forderung jetzt durch Vergleich als wahr und richtig anerkannt, — daß ein Erbe durch das legatum debiti vom Testator schlechthin zu einer gewissen Schuld und deren Bezahlung verpflichtet [6], — daß eine cedirte Forderung von dem Schuldner von Neuem unbedingt übernommen, und der Cessionar als wahrer Gläubiger ohne Vorbehalt von jenem anerkannt wird [7]: so tritt in diesen, und ihnen gleichen Fällen dem Geständnisse zugleich noch eine bündige Verfügung bei, wodurch Jemand, wenn er es auch vorher nicht war, doch nunmehr juris intellectu als wirklicher Schuldner angenommen wird, so daß in dieser Verbindung eine eigne, von der wirklichen Wahrheit des Anerkannten nicht mehr abhängige Verpflichtungsursache (nova causa obligationis) vorhanden ist. Man wird in vorkommenden Fällen genau darauf zu achten haben, in wiefern die erwähnten besonderen Verhältnisse dabei eintreten. Geständnisse, die sich aus diesem Gesichtspunkte eigentlich nicht behandeln lassen, können auch in ihrer Wirkung nicht über die vorhin bemerkte Regel hinausgehen, wenn nicht die besonderen Vorschriften der Gesetze, wovon bei der zweiten Art der Ausnahmen die Rede seyn wird, solches mit sich bringen. Zuvor wird aber über die Theorie eines neueren Schriftstellers hier noch Einiges zu sagen seyn.

§. 9. Fortsetzung.

Gönner [8] ist der Meinung, daß die Wirkung des Geständnisses im bürgerlichen Prozesse überhaupt in der Betrachtung ruhe, daß

---

[6] L. 28. pr. D. de legat. I. „Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur.“ L. 25. fin. D. de liberat. leg. „Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit utile esse legatum. Certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et Divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.“

[7] *Wernher* observat. select. Tom. II. P. 7. obs. 182.

[8] Handbuch des Deutsch. gemein. Prozesses a. a. O. §. 3. u. s. w. *Eben so Martin Lehrb. d. d. Pr. §. 128.

ein Jeder über seine Rechte disponiren könne. Aus dieser freien Verfügung über das Seine, vermöge welcher es dem Bekennenden freistand, einem Andern gewisse Rechte zuzugestehen, und dagegen auch selbst Verbindlichkeiten zu übernehmen, oder diese Anderen zu erlassen, sucht der angeführte Rechtsgelehrte die rechtlichen Folgen der Geständnisse durchgängig, so wie deren Einschränkungen zu erklären, bemerkt aber auch dabei, daß es an einigen, durch die Gesetze selbst veranlaßten Inconsequenzen nicht fehle, wenn gleichwohl in Dingen, worüber die freie Privatdisposition nicht Statt fände, dennoch dem Bekenntnisse die rechtliche Wirkung gestattet würde. Eben diese Wahrnehmung könnte aber wohl eher gegen die erwähnte Ansicht der Sache selbst etwas mißtrauisch machen, ob sie überhaupt so ganz richtig und durchgreifend sey, als sie vorgestellt wird. Daß es besondere Fälle gibt, wo das Geständniß als freie Disposition über das Seine gilt, und als solche auch förmliches Recht im strengsten Sinne wirkt, haben wir gesehen. Daß dies aber nicht überall und als Regel anzunehmen sey, ist aus dem Vorhergehenden ebenfalls einleuchtend.

Wird die Thatsache, worauf ein streitender Theil sein Recht oder seine Forderung gründet, von dem andern eingeräumt, und dieser darauf verurtheilt, so geschieht das Letztere darum, weil die Angabe des Gegners hier rechtlich als wahr anzunehmen ist, nicht aber, weil er durch das Geständniß über das Seine disponirt hat. Denn von hieraus beurtheilt, würde das Bekenntniß allein nur bei Dingen wirksam seyn, worüber Jemand einseitig und frei verfügen kann. Dieß läßt sich aber doch, wie Gönner selbst bemerkt, nicht durchweg behaupten. Oeffentliche Strafen z. B. können Niemandem, weil er sie leiden will [9], sondern nur dem Schuldigen darum auferlegt werden, weil er sie verdient hat, und dieses als rechtlich wahr anzunehmen ist. Zwar ist jetzt nur vom Civilprozesse die Rede; aber in der That sollte doch ein Grund, welcher hier das Geständniß unwirksam machte, eben dies noch mehr im Criminalverfahren zur Folge haben. Und gleichwohl steht auch dort das Bekenntniß des Angeschuldigten unter den Gründen der rechtlichen Glaubwürdigkeit oben an, wenn es gleich, zumal in wichtigeren Criminalfällen zur Verurtheilung *wenigstens bei einigen Gegenständen des Criminalbeweises* allein nicht genügt [10]. Da, wo es aber zum Zweck eines

---

[9] *Voet*. comment. ad Pand. tit. de jurisdict. (II. 1.) §. 40.

Straferkenntnisses genügt, wird man die Vorstellung einer freiwilligen Disposition über das Seine nicht füglich zum Grunde legen können, folglich kann auch im Gegentheile der Mangel dieser Befugniß nicht genügen, um daraus die Einschränkungen der Sache zu erklären. Vielmehr werden die Ursachen dieser Einschränkungen nur aus der Möglichkeit, daß das Geständniß doch trügen könnte, hergenommen [11a]. Ferner kann jene Vorstellung mit dem als Regel ganz unleugbaren Grundsatze, daß Bekenntnisse den Beweis des Gegentheils keinesweges ausschließen, ebenfalls nicht füglich bestehen; sie würde vielmehr den Bekennenden immer geradezu verpflichten, bei dem zu bleiben, was er einmal durch gültige Verfügung über das Seine auf sich genommen hätte. Allem diesen wird man ohne Schwierigkeit nicht ausweichen können. Richtiger läßt man es daher bei der Beweiskraft, die das Geständniß, wegen der damit verbundenen innern Glaubwürdigkeit gegen den, von dem es herrührt, nach sich ziehet, als Regel bewenden und bringt die freie vollgültige Disposition über das Seine nur bei den Fällen der Ausnahme in Anrege, wo das einmal Zugestandene nun auch als förmliches Recht keine weitere Bestreitung zuläßt.

§. 10. Fortsetzung.

Von diesen Ausnahmen, insofern sie bloße Folgen einer Privatwillenserklärung sind, ist vorhin schon die Rede gewesen. Sie können aber auch

B. durch besondere Vorschriften der Gesetze bestimmt seyn. Dahin würde als Beispiel unter anderen zu rechnen seyn, 1. wenn das schriftliche Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns, Brautschatzes, oder einer bezahlten Schuld, nach dem Ablaufe gewisser Zeitfristen, gegen den Aussteller oder dessen Erben völlig entscheiden, und keinen Beweis des Gegentheils gestatten soll. In wiefern man diese Strenge als den wahren Sinn der Gesetze und als noch geltende Vorschrift annehmen könne, worüber die Meinun-

---

[10] *Matthaeus* de crimin. XLVIII, 16, 1. *Böhmer* ad *Carpzov.* qu. 114. obs. 1. *Unter den Neueren s. Mittermaier d. Strafverfahren II S. 195. 207. f.

[11a] L. 1. §. 17. u. 27. D. de Quaestion.

gen noch verschieden sind, ist hier nicht weiter zu untersuchen *). 2. Wenn die Gesetze den Verklagten, qui liti se obtulit, nun schlechthin nach seiner Aussage behandelt wissen wollen, vorausgesetzt, daß der Kläger das Gegentheil nicht auch schon gewußt haben sollte [11b]. Dies kann aber blos als besondere Strafe der Chikane und in den Fällen, wo die Gesetze es bestimmt haben, angewandt **), keinesweges aber als allgemeine Regel behauptet werden, daß überhaupt der, welcher wissentlich Etwas gegen die Wahrheit bekannt hätte, schlechthin gegen dies Bekenntniß gar nicht weiter zu hören sey. So hat es kein Gesetz geordnet. Zwar sucht Gönner [11c] das Gegentheil zu behaupten; allein die Gründe sind nicht überzeugend. Von der wissentlich indebite geschehenen Zahlung, wo die Absicht, aus dem Seinigen etwas einzubüßen, deutlich in der Handlung liegt, ist auf das wissentlich unwahre Geständniß nicht zu argumentiren. Dieses kann durch die Vorstellung eines gleichgültigen Umstandes, oder dadurch, daß man ihn selbst für sich vortheilhaft geglaubt hat, allerdings aber auch durch die Absicht zu chikaniren, veranlaßt seyn. Wie dem auch sey, so folgt doch ohne nähere Bestimmung der Gesetze für den Gegner nichts weiter daraus, als daß er seiner Seits diesen Umstand nicht weiter zu beweisen nöthig habe, keinesweges aber, daß das wirkliche Verhältniß der Sache von dem, der es einmal selbst anders behauptet hat, gar nicht mehr geltend gemacht werden könne. Die Strafe der vor Gericht geredeten Unwahrheit setzt unstreitig eine bestimmte Anordnung der Gesetze voraus, ohne welche sie von keinem Richter zu verfügen ist. Gilt dies nun von dem, der selbst die Wahrheit der Sache kannte, so wird es auch, und wohl noch mehr, von dem gelten, dessen Irrthum leicht vermeidlich, mithin schuldbar war.

Noch enthält aber das Römische Civilrecht 3. eine ganz eigene Vorschrift in Ansehung dessen überhaupt, was Jemand gerichtlich zugestanden hat, die bekannte Regel, nämlich: confessus in jure pro

---

*) S. Pfeiffers verm. Aufsätze. S. 176. f. Heise u. Cropp jurist. Abh. I, n. 18, §. 34.

[11b] L. 45. D. de heredit. petit. „Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptatus." — L. 13. §. 13. ibid. L. 25. 26. 27. D. de rei vindicat.

**) S. B. Hollweg a. a. O. S. 282.

[11c] Handb. a. a. O, §. 5.

judicato habetur[12]. Dieser der Römischen Prozeßform ganz eigene Grundsatz bezieht sich ursprünglich auf das getrennte Verfahren vor dem Magistrate, und dem eigentlichen Richter, dem jener die Untersuchung der Sache übertrug, worauf sodann die förmliche Entscheidung durch das Urtheil erfolgte. Ward die Sache nun schon bei dem Magistrate durch gegenseitiges Geständniß außer Streit gesetzt, so bedurfte es einer weiteren Untersuchung nicht. Der confessus in jure hatte sich bereits selbst gerichtet, und war dem Urtheile des Richters zuvorgekommen, pro judicato erat habendus. Natürlich galt dies aber nur von dem, der vor dem ordentlichen und gehörigen Magistrate des Gegners Forderungen, oder das von ihm behauptete Recht selbst, oder die Thatsachen, woraus dessen Anmaßung rechtlich folgte, ohne Ausflüchte als richtig und wahr einräumte[13]. Die Wirkung dieser confessio in jure war dieselbe, wie sie das rechtskräftige Urtheil mit sich brachte[14]. Keine neue Erör-

---

[12] L. 1. D. de confess. „Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.“ L. un. C. eod. „Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, quum et solvere cogeris.“ *Vergl. des Herausgebers Institutionen S. 92. 186. f. B. Hollweg a. a. O. S. 260. ff. Brackenhoeft a. a. O. S. 277.

[13] Nur dieser ist im eigentlichen Verstande confessus in jure; nicht also der Verklagte, welcher den faktischen Grund der Klage zwar ganz einräumt, aber Einreden vorschützt, oder das Recht des Klägers als ipso jure erloschen bestreitet, folglich eben dadurch den gegenseitigen Anspruch überhaupt nicht anerkennt. *Hugo Donell.* ad rubr. tit. Cod. de exceptionib. und Comment. jur. civil. XXII, 1. *Vinnius* comm. ad Instit. tit. de except. (IV. 13.) Das Geständniß in jure mußte übrigens von dem Theile, den es binden sollte, selbst abgelegt seyn, obgleich von Seiten des Gegners die Gegenwart eines Anwaltes genügte. L. 6. §. 3. D. de confessis. „Certe Procuratorem, tutorem curatoremve praesentem esse sufficit. §. 4. ibid. Sed an et ipsos procuratores vel tutores, vel curatores fateri sufficiat, videamus? Et non puto sufficere. §. 5. In pupillo tutoris auctoritatem exigimus. Minorem a confessione sua restituemus.“ Dagegen bemerkt *Paulus* recept. Sent. V, 5a, §. 3. „Confiteri quis in judicio — nicht in jure — non tantum sua voce, sed et litteris et quocunque modo potest. Convinci autem non nisi scriptura aut testibus potest.“

[14] L. 6. §. 2. D. de confessis. „Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset. Et si alia quacunque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel restitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confitetur, dici potest, in his omnibus subsequi Praetorem voluntatem orationis Divi Marci debere, et omne omnino, quod quis

terung der Sache fand der Regel nach dagegen Statt [15]. Der Einwand des Irrthums ist zwar nicht ganz bei diesen Geständnissen in jure außer Acht zu lassen. Vielmehr heißt es in den Gesetzen selbst: Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit [16]. Allein aus andern Stellen ergiebt es sich *), mit welcher Einschränkung dieser Satz anzunehmen sey, und daß der gedachte Einwand nur dann in Betrachtung kommen könne, wenn der Irrthum nicht sowohl einzig und zunächst den gegenwärtigen Streitpunkt, als vielmehr Dinge betrifft, die als wahr vorausgesetzt werden müssen, ehe überall von der eigentlich vorkommenden Streitfrage die Rede seyn kann. Gesetzt, der Verklagte, welcher aus dem Aquilischen Gesetze wegen eines getödteten Sklaven belangt ward, gestand in jure diese Tödtung zu, so war er freilich in der Folge noch zu hören, wenn er zeigen konnte, daß der Knecht gar nicht getödtet sey: war aber dies geschehen, so half es ihm nicht, wenn er auch beweisen wollte und konnte, daß er ihn nicht getödtet hätte [17]. Hatte ferner der Ver-

---

confessus est, pro judicato haberi. Dem Verklagten, welcher des Rechts des Klägers einmal geständig war, wurden daher auch nur eben die Fristen zur Bezahlung zugestanden, die dem rechtskräftig Verurtheilten zu Gute kommen konnten, wie aus den hierauf folgenden Worten dieser Gesetzstelle und §. 6. ibid. erhellet. *S. jedoch auch l. 21. D. de judic.

[15] L. un. C. de confess. (Note 12.) L. 56. D. de re jud. „Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.“ *Ueber die actiones confessorias vergl. B. Hollweg a. a. O. S. 266. f.

[16] L. 2. D. de confess.

*) Gegen diese conciliatorische Auslegung Webers erklärt sich B. Hollweg a. a. O. S. 271. f S. auch Brackenhoeft a. a. O. S. 371. f. Fernere Ungültigkeitsgründe des Geständnisses enthalten l. 14. §. 1. D. de J. J. J. F. und l. 8. D. de confess.

[17] L. 23. §. 11. D. ad Leg. Aquil. „Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse; caeterum occisum esse hominem a quocunque oportet. L. 24. ibid. Hoc apertius est circa vulneratum hominem. nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus, aestimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus? L. 25. ibid. Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus sit.“ L. 4. D. de confessis. „Si is, cum quo Lege

klagte sich einmal als den Schuldner eines gewissen Objekts bekannt, so kam ihm auch gegen dies Bekenntniß selbst der Einwand des Untergangs der Sache nachhin nicht weiter zu Statten [18]. — Geständnisse, die nicht vor dem ordentlichen und competenten Magistrate, nicht in Sachen ordentlicher Cognition, eigentlich in jure, sondern in judicio oder gar außergerichtlich abgelegt waren, hatten natürlich als solche und an sich schon die volle Wirkung der Rechtskraft nicht. Sie konnten allerdings den Umständen nach die Wahrheit einer Thatsache begründen *), ohne jedoch den Beweis des

---

Aquilia agitur, confessus est servum occidisse; licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur."

[18] L. 3. D. de confess. „Julianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset, et si jam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur, quia confessus pro judicato habetur. L 5. ibid. Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est." Der Verklagte mochte sich hiebei in facto oder in jure geirrt haben, genug, er hatte die Forderung des Klägers selbst einmal als wahr und richtig anerkannt, und war vermöge dieses Geständnisses jetzt unbedingt als Schuldner anzunehmen, wie aus diesen Gesetzen deutlich erhellet. Daß besonders auch Unwissenheit oder irrige Vorstellung des Rechts, wenn diese etwa das Geständniß veranlaßt hätten, keine Entschuldigung dagegen begründeten, erhellet aus der vorhin schon angeführten L. 2. D. de confess. Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit. Man würde aber dies Gesetz sehr unrichtig anwenden, wenn man vermöge desselben den Richter berechtigt und verpflichtet halten wollte, jeden, auch unrichtigen, Rechtssatz, den eine Partei vorgebracht hätte, eben darum, weil er einmal von ihr zugestanden wäre, gegen sie geltend zu machen, welches andern bekannten Vorschriften offenbar zuwider seyn würde. Nur 1. von der Römischen confessio in jure ist hier eigentlich die Rede; 2. nicht von dem, der einen unrichtigen Rechtssatz selbst vortrug, sondern von dem, der die Forderung oder das subjektive Recht eines Andern eingeräumt hatte, und jetzt etwa aus dem verkannten oder mißverstandenen objektiven Rechte Ausflüchte dagegen hernehmen wollte. — Mit den vorigen Gesetzen 3. und 5. ist auch L. 8, ibid. verb. „Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae, an in rerum natura esset, incertum sit, nicht im Widerspruche. Denn Paulus, von dem auch die vorhin angeführte L. 3. herrührt, sagt hier nur: non omnimodo condemnari debet — incertum sit. Von dem wirklichen, hier aber noch ungewissen Daseyn oder Nichtdaseyn der Sache hängt es ab, in wiefern und wozu der Schuldige verurtheilt werden darf, ob zur Lieferung der Sache selbst, oder zur Leistung ihres Werths, wie die Glossatoren ad. h. L. schon bemerkten.

*) S. L. 1. §. 1. D. de Interr. in J. fac.

Gegentheils auszuschließen [19]. Schon nach neuerm Römischen Recht findet das getheilte Verfahren in jure et judicio nicht mehr Statt [20a]. Am allerwenigsten aber können die in unsern Gerichten geschehenen Geständnisse als jene confessiones in jure factae behandelt werden. Der Richter kann auf das Bekenntniß seinen Ausspruch gründen, aber dieser muß doch erst wirklich erfolgt, und in Rechtskraft seyn,

---

[19] Ist das Geständniß nicht in jure, sondern in judicio abgegeben, so muß erst der Ausspruch des Richters erfolgt seyn, wenn Rechtskraft eintreten soll. L. 74. pr. D. de judic. Gönner Handb. d. Proz. a. a. O. §. 11. *S. auch B. Hollweg a. a. O. S. 283. f. *Bis dahin findet also L. 7. C. de jur. et facti ignor. (Note 5.) ihre Anwendung. Noch kann hiebei zur Erläuterung dienen L. 7. D. de confess. „Quum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere. Arbiter ad restituendum datus comperit nihil deberi. Quaesitum est, an possit absolvere? Respondi, posse interesse, qua ex causa nihil debeatur. Nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere. Si vero quia testator forte solvendo non erat, aut quod heres omne solutum esse apud Praetorem dixerat, et quum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio eum absoluturum. Has enim partes ejus esse, ut si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere. Sed et ex superiore casu ad Praetorem remittere debeat, ut absolvatur.“ Africanus sucht an dieser Stelle nicht sowohl die rechtliche Wirkung des Geständnisses, als vielmehr nur bei Gelegenheit desselben die Befugniß des zur völligen Auseinandersetzung der Parteien bestellten arbiter, der bekanntlich auf die in der Instruktion des Magistrats ihm vorgezeichnete Form eingeschränkt war, zu bestimmen. Von dieser Seite betrachtet hat *Anton. Faber* Error. pragmat. LXXXIX, 7, auf den ich hier vorzüglich verweise, die ganze Stelle trefflich erläutert. Daß am Ende doch der Prätor den Erben, seines Geständnisses ungeachtet, von der Klage lossprach, wenn sich ergab, daß der Erblasser das Fideicommiß gar nicht angeordnet habe, konnte verschiedene Gründe haben, theils aus dem Vorbringen der Parteien, worüber African sich nicht näher erklärt, theils daher, weil der Magistrat, dem Sachen dieser Art besonders anvertraut waren, der Praetor fideicommissarius, dabei außer der Ordnung verfuhr, und zwar einen arbiter zur Auseinandersetzung der Parteien, aber doch eigentlich keinen judex zur Untersuchung der Thatsachen bestellte, sondern diese selbst übernahm, (L. 178. §. 2. D. de V. S. *Ulpian.* fragm. XXV, 12.) folglich von einer confessio in jure im genauen Verstande die Rede nicht war. *S. auch B. Hollweg a. a. O. S. 285. f. Brackenhoeft a. a. O. S. 289.

[20a] §. ult. I. de interdict. „Quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia etc.“ L. 2. C. de pedan. jud. Glücks Pandekten, Th. 3. §. 184. und 190. *Des Herausg. Institutionen S. 55. f.

um auch das förmliche Recht im strengsten Sinne behaupten zu können *).

§. 11. Widerruf oder Zurücknahme der Geständnisse.

Daß das Geständniß der Regel nach den Beweis des Gegentheils nicht ausschließe, ist im Vorhergehenden gezeigt worden. Aber damit ist freilich noch nicht gesagt, daß Jemand bloß nach Willkühr ein bereits abgelegtes Bekenntniß wieder zurücknehmen, und dadurch die Sache in den Stand setzen dürfe, worin sie sich ohne dasselbe befunden haben würde. Die Sachführer müssen indeß an die Zulässigkeit eines solchen Widerrufs sehr glauben, weil sie überall, wo ein Umstand, der ihnen vortheilhaft scheint, vom Gegner bekannt wird, mit der nützlichen Annahme desselben — acceptatio utilissima — bei der Hand sind. Dieser Behelf hat gar keinen rechtlichen Grund für sich. Das Geständniß hat, wenn die vorhin bemerkten Rechtsgründe, wovon seine Wirkung abhängt, vorhanden sind, schon als einseitige Erklärung volle Kraft, und macht gegen den, der es geleistet hat, unstreitig, wenigstens einstweilen, rechtliche Wahrheit aus. Fehlt es aber an jenen Rechtsgründen und ist das Geständniß, an sich betrachtet, unwirksam, so kann es durch die Acceptation keine Bündigkeit erhalten, die es sonst nicht hat; und dann ist auch nicht sowohl von der Zulässigkeit des Widerrufs, als vielmehr von der Bestreitung der Gültigkeit des Geständnisses an sich die Rede. Darauf also, ob der Gegner einen zugestandenen Umstand schon acceptirt habe, oder nicht, kann gar keine Rücksicht genommen werden **). Fragt man nun im Ganzen, in wiefern Geständnisse wieder einseitig zurück genommen werden können, so ist vor allen Dingen auf die Lage zu sehen, worin sich die Rechtssache jetzt, da die Zurücknahme geschehen soll, befindet. Ist sie schon rechtskräftig entschieden, so kann der gedachte Widerruf natürlich nur in sofern

---

*) Indeß ist nicht abzusehn, weshalb nicht wenigstens noch ein materieller Unterschied zwischen confessiones in jure und andern confessiones anzunehmen seyn sollte. Vergl. unten die Nachträge.

**) *Leyser* med. 473, cor. 1. Strube rechtl. Bedenken I, 159. (703. Spang.) Gesterding Ausbeute Th. II, n. 3. §. 4. f. und alle Neuere. Es muß schon genügen, daß der Gegner die Absicht hat, von dem Geständniß Gebrauch zu machen, was sich von selbst versteht, wenn er nicht widerspricht. S. auch Brackenhoeft S. 283. 387.

Statt finden, als er mit gerechten Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die eingetretene Rechtskraft sich unterstützen läßt. Eben so verhält es sich auch in den übrigen vorhin bemerkten Fällen, wo das Geständniß nach besondern Gründen mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts unter den Parteien verbunden ist.

Diese Verhältnisse abgerechnet, folgt aber aus der Beweiskraft, die den Bekenntnissen zukommt, und aus der rechtlichen Wahrheit, die durch sie begründet wird, an sich nichts weiter, als daß der Gegner, welcher diese für sich hat, mit weiterer Beweisführung in Ansehung derselben nicht zu belästigen sey. Also kann das gültige Geständniß zu dem Zwecke, damit der Gegner den eingeräumten Umstand nun doch erst beweisen soll, nicht widerrufen werden. Hingegen dem, der aus Irrthum etwas Unwahres als wahr bekannt hat, muß es doch der Regel nach, so lange die Streitsache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, frei stehen, das Bekenntniß wieder aufzurufen, wenn er selbst durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will. Dies Alles hat, als Regel betrachtet, seine unleugbare Richtigkeit [20b]: doch giebt es in Ansehung der Irrthümer, die ein Advokat in der Verhandlung der Sache seiner Partei begangen hat, besondere gesetzliche Bestimmungen, deren wir hier noch zu erwähnen haben.

§. 12. Irrthümliche Geständnisse der Advokaten und Anwälte.

Die Sache wird bekanntlich von den Auslegern verschieden dargestellt [21]. Vielleicht kann sie gerade bei dieser Gelegenheit, wo von

---

[20b] Hoffentlich wird auch nicht leicht aus der **litis contestatio**, als sogenannter Quasicontrakt betrachtet, da diese Vorstellung ohnehin ganz unrichtig ist — vergl. die Schrift von der natürl. Verbindl. §. 27. — ein Argument gegen diese, in den vorhin angeführten Gesetzen so ganz allgemein bestätigte Regel hergenommen werden, obgleich *Wernher* **sel. observat. X, 380.** dergl. einmal als Zweifelsgrund äußerte. *Nur bei **interrogationibus in jure** entsteht nach den Gesetzen aus der Antwort eine contractähnliche Verpflichtung (**l. 11, §. 9. D. de J. J. F.**) und eben so aus der **judicii constitutio** auf den Grund einer **confessio in jure**. In beiden Fällen konnte man sich nach der **l. cont.** nur durch eine **J. J. R.** retten. Vergl. B. Hollweg a. a. O. S. 266. Note 13a. 282. Note 71. Beides findet aber bei uns keine Anwendung mehr. Eine andere Ansicht über **l. 11. §. 9. cit.** hat Brackenhoeft a. a. O. S. 269.

[21] *Leyser* **med. ad Pand. sp. XLVIII, m. 5. 6. 7.** Strube R. B. I, 136. *Siegfr. Caeso ab Aeminga* **de revocatione erroris ab Advocato**

der Zurücknahme der Geständnisse überhaupt die Rede ist, der Gewißheit etwas näher gebracht werden.

Daß der Rechtsirrthum des Advokaten oder Anwaltes dem Clienten nicht schaden könne, da der Richter solchen, er mag begangen seyn von wem er wolle, immer schon von Amtswegen verbessern muß, versteht sich von selbst. Was aber den factischen Irrthum anbetrifft, hat man zwei Fragen zu unterscheiden. Erstlich: Findet überhaupt die Zurücknahme desselben Statt? Zweitens: Mit welchem Erfolge kann der Widerruf des Irrthums geschehen? Die erste Frage ist auch hier ganz nach den bisher vorgetragenen Regeln, folglich allerdings mit Ja, zu beantworten. Bis eine rechtskräftige Entscheidung erfolgt ist, steht der Widerruf an sich dem Clienten immer frei. Nach eingetretener Rechtskraft bleibt dem verletzten Theile nur das Restitutionsgesuch, so weit dieses überhaupt dagegen nach besondern Gründen noch zulässig ist, übrig [22]; mit dem alleinigen Widerrufe des Bekenntnisses hingegen ist er nicht zu hören [23].

§. 13. Fortsetzung.

Die zweite Frage betreffend, wird man unstreitig den Grundsatz als Regel gelten lassen müssen: Was der Advokat mündlich in Gegenwart seiner Partei, oder was er schriftlich in Aufsätzen, welche dieser bekannt waren, vorträgt, ist eben so anzusehen, und

---

commissi. Gryphiswald. 1766. Glück's Pandekt. 5 Th. §. 368. *Jetzt s. auch Lotz im Archiv. f. civil. Praxis III, S. 101. ff. Brackenhoeft S. 362. 406. ff., dessen Ansichten von der des Verfassers sehr abweichen.

[22] Cap. 2, de in integr. restit. in 6to. „Si adversus confessionem in judicio a se factam, laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum petere negligenter omittat, non est (nisi aliquid rationabile adpareat, quod aliud suaserit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare, hoc quandocunque poterit, *donet negotium sit finitum.*“

[23] Cit. cap. 2. in 6. und L. 3. C. ds error. advocat. „*Sententiis finita negotia* rescriptis revocari non oportet; nec enim quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt, cum te praesente neque causae palam ex continenti, id est triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponas.“

hat daher gleichen Erfolg, als wenn es die Partei selbst vorgebracht hätte [24]. Hieraus würde also folgen, daß der Client zwar berechtigt sey, die ihm nachtheilige Behauptung bis zur eingetretenen Rechtskraft zurückzunehmen; daß er sich aber auch damit zugleich die Verbindlichkeit auflege, das Gegentheil des sonst als wahr anzunehmenden Satzes zu beweisen, vorausgesetzt, was sich hier und so oft von diesem Beweise die Rede ist, von selbst versteht, daß die vorkommenden Thatsachen an sich und in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, einer förmlichen Beweisführung bedürfen. Weil es aber bei manchen, zumal der Rechte ganz unkundigen Parteien möglich ist, daß in den mündlichen oder schriftlichen Vorträgen ihrer Sachführer dies oder jenes von ihnen nicht gehörig beachtet wird, daß ferner der Anwalt seine Partei, und diese wiederum ihren Sachführer mißversteht, und es dann hart seyn würde, dem Clienten das Unwahre als wahr aufzudringen, oder sie mit Beweisen, wovon sie eigentlich frei gewesen wäre, zu belästigen: so ist es eine billige Nachsicht der Gesetze, wenn sie dem Clienten hier noch eine, obgleich kurze Frist von drei Tagen gestatten, um binnen selbiger die Behauptung des Advokaten zurücknehmen, und sich dadurch von der nachtheiligen Wirkung derselben befreien zu können [25]. Natürlich muß also nun zwischen dem, der das Geständniß des Advokaten binnen dieser Zeit wieder aufruft, und dem, der es erst nachher bestreiten will, ein Unterschied Statt finden. Und dieser kann den Rechten nach kein anderer, als folgender seyn: Was vor Ablauf von drei Tagen zurückgenommen wird, muß als nicht gesagt angesehen, und der Client deshalb mit keinem Beweise, den er sonst nicht zu übernehmen hätte, belästigt werden. Dahingegen wird der, welcher erst nach drei Tagen den Irrthum des Advokaten verbessern will, dazu nur dann zu lassen seyn, wenn er den Beweis des Ge-

---

[24] L. 1. C. ibid. Ea quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

[25] Cit. L. 3. C. ibid. Man ist zwar über die Aechtheit der Worte: id est triduo proximo, in dieser Constitution nicht ganz einig. Allein die Gründe dawider sind nicht entscheidend. Glück's Pandekt. c. l. n. 19. Soviel ist wenigstens gewiß, daß die Gerichte der gedachten Bestimmung folgen, und auch, jener Zweifel ungeachtet, folgen müssen. *Der Text selbst ist auch sicher und es dürften daher Brackenhoefts Bemerkungen S. 366. ff. a. a. O. in keinen wesentlichen Betracht für das praktische Recht zu nehmen seyn.

gentheils *) zu führen vermag. Beides folgt aus jener Zeitbestimmung im Zusammenhange der übrigen Gesetze von selbst, da das eigne Geständniß, wie vielmehr also das von dem Advokaten abgelegte, wenn man das Gegentheil darthun will, nicht bloß in drei Tagen, sondern immer noch, selbst in folgenden Instanzen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache widerrufen werden kann [26]. Mithin würde die erwähnte Zeitbestimmung offenbar ganz zwecklos seyn, wenn der, welcher sie beobachtet, eben die Belästigung übernehmen müßte, und um Nichts besser daran seyn sollte, als der, welcher sie vernachlässigt. Denn nirgends ist der dreitägige Zeitraum mit der peremtorischen Wirkung vorgeschrieben, daß nach dessen Ablauf der Client selbst während des Prozesses und vor eingetretener rechtskräftiger Entscheidung gegen die Behauptung seines Sachwalters gar nicht weiter gehört werden sollte [27].

---

*) Vielmehr des Irrthums oder der Unmöglichkeit.

[26] Nach den in den Noten 22. und 23. angeführten Gesetzen, imgleichen vermöge L. 7. C. de juris et facti ignorant. (Note 5.)

[27] Nach meiner Ueberzeugung hat *Brunnemann* in Comm. ad L. 3. C. ibid. die Sache sehr richtig getroffen. Nach seiner Versicherung stimmte auch damit derzeit die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten überein. In der Folge ist man sehr davon abgewichen, und es wird jetzt von vielen Auslegern dem Clienten in jedem Falle, auch wenn er den Irrthum sogleich oder innerhalb drei Tagen verbessern will, der Beweis des Gegentheils aufgelegt. Schwerlich wird sich dies mit den Gesetzen gehörig vereinbaren lassen. Man beruft sich zwar noch besonders auf L. 2. C. ibid. „Errores eorum, qui desideria, id est, preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit;“ allein dies Gesetz enthält nichts weiter, als was der Regel nach in Ansehung des widerrufenen Geständnisses Statt finden soll und muß, *oder es ist die angef. Stelle wörtlich von schriftlichen insbesondere extraprozessualischen Eingaben, die Jemand durch einen Andern hat schreiben lassen, zu verstehn, während die l. 3. von wirklichen Prozeßhandlungen redet. S. d. Herausgebers Instit. S. 114. (System §. 171.)* Daß wenigstens von jener Regel nach Anleitung der L. 3. billig der Fall auszunehmen sey, da der Client auf der Stelle, oder was diesem gleich geachtet wird, innerhalb drei Tagen den begangenen Irrthum zurücknimmt, ist aus einleuchtenden Gründen bisher gezeigt worden, welche durch dieses Gesetz nicht gehoben werden. Giebt man zu, daß ein streitender Theil, wenigstens noch in der nämlichen Gerichtssitzung, den unrichtigen Vortrag seines Sachführers berichtigen könne, ohne sich deshalb besonders mit Beweisen erst zu belasten, so wird man auch das übrige hier Behauptete gelten lassen müssen. Denn ausdrücklich wird

§. 14. Fortsetzung.

Der abwesende Client verdient unstreitig viel mehr Nachsicht, als der, welcher die in seiner Gegenwart geschehenen Vorträge nicht beachtete. Jener kann also den Rechten nach nicht schlimmer daran seyn, als dieser. Hieran müssen die Rechtsgelehrten nicht gedacht haben, wenn sie gleichwohl dem Abwesenden die Zurücknahme dessen, was sein Advokat zugestanden hat, immer nur unter der Bedingung des zu beweisenden Irrthums gestatten wollen. Zuvörderst ist es wohl ausgemacht, daß der Vortrag eines gar nicht oder nicht gehörig bevollmächtigten Sachwalters dem Principal, wenn dieser das Gesagte oder Geschriebene in der Folge nicht genehmigt hat, keinesweges zum Nachtheile gereichen kann. Es ist gegen ihn ohne alle rechtliche Wirkung [28]. Fehlt es aber dem Sachführer an einer gültigen Vollmacht nicht, so ist freilich die Partei selbst, dem strengen Rechte nach, an die Handlungen ihres Stellvertreters gebunden [29]. Allein das Wenigste, was doch die Billigkeit und selbst auch die Absicht der bisher angeführten Gesetze mit sich bringt, ist doch dieses, daß man hier nicht nach strengern Grundsätzen, als da, wo der Sachführer in Gegenwart des Clienten redet, verfahren dürfe. Es versteht sich also von selbst, daß dieser, von der Zeit angerechnet, da ihm eine nähere Kenntniß des Inhalts der Akten zu Theil ward, binnen drei Tagen das in seiner Abwesenheit Vorgetragene mit eben der Wirkung muß zurücknehmen können, als es von dem, der dabei zugegen war, geschehen kann. Den vorkommenden Umständen nach wird die Zulässigkeit des Widerrufs zu diesem Zwecke von der eidlichen Versicherung, daß man nicht früher mit dem Vortrage bekannt geworden sey, abhängig gemacht werden können. Nach dem Ablaufe der gedachten Frist giebt zwar die Abwesenheit dem, der den Irrthum früher zurücknehmen konnte und mußte, an sich keinen zureichenden Rechtsgrund mehr, um das, was einmal in seiner Sache von dazu legitimirten Personen vorgetragen ist, gänzlich als nicht gesagt wieder

---

in cit. L. 3. das, was innerhalb drei Tagen geschieht, dem, quod in continenti fit, völlig gleichgeachtet, *wie auch in andern Fällen. Vergl. Glossa ad l. 3. C. quomodo et quando judex. v. *illico.*

[28] L. 24. C. de procurat.

[29] Diesem ist hier auch die vorhin Note 13. angeführte L. 6. §. 4. D. de confessis nicht entgegen, da sie nur die besondere Wirkung einer confessio in jure betrifft. *B. Hollweg a. a. O. S. 275.

aufheben zu können. Die Regel des Rechts wird ihm also den Beweis auflegen, daß die Thatsachen, von denen die Rede ist, sich wirklich anders verhalten. Indeß können doch nach den Umständen und persönlichen Verhältnissen auch hier noch besondere Gründe zum Zweck der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen des nicht tempestive geschehenen Widerrufs vorkommen, z. B. die Unwissenheit des Rechts, das minderjährige Alter, u. d. m., womit der verletzte Theil allerdings zu hören ist.

§. 15. Fortsetzung.

Billig sollten zwar die Parteien sich selbst gehörig um das, was in ihren Angelegenheiten vorgeht, bekümmern, die Schriften, welche in ihrem Namen übergeben werden, lesen, oder sich vorlesen lassen, zumal, wenn es auf Thatsachen ankommt, die ihnen bekannt sind; und sie müssen daher den aus der Unterlassung dieser Vorsicht entstehenden Schaden sich selbst beimessen. Aber zuvörderst kann ihnen doch selbst ihre vorausgesetzte Schuld nicht nachtheiliger werden, als es die Gesetze selbst bestimmt haben, und wenn daher von Struben [30] behauptet wird, daß es Niemandem zu verstatten sey, das zu widerrufen, was sein Schriftsteller eingeräumt hatte, so erfordert dies, wie man leicht einsieht, und auch selbst die Ueberschrift des angeführten Bedenkens zu erkennen giebt, eine erhebliche Berichtigung. „Unsere schriftlichen Prozesse," sagt er, „würden noch mehr verlängert und verwirrt, wenn jenes einem Jeden freistünde." — Es ist schlimm genug, daß nach der Verhandlungsmaxime des gemeinrechtlichen Prozesses in Deutschland dem Richter die Kenntniß der Thatsachen, worauf jeder streitende Theil sich zu gründen sucht, nur durch das Organ der Advokaten und Anwälte, selten aber durch persönliche Vernehmung der Parteien selbst, zugeführt wird. Soll aber dieser Mangel des gerichtlichen Verfahrens nun auch noch gegen die Parteien selbst die harte Folge haben, daß ihnen die Berichtigung der fehlerhaften Angaben ihrer Rechtsfreunde, wo nicht ganz versagt, doch wenigstens äußerst erschwert werde? oder wird ein billiger Richter nicht gerade in dieser Art, die Prozesse zu verhandeln, noch einen Grund mehr finden, jene Berichtigung möglichst zu

---

[30] Rechtl. Bed. I. 136.

begünstigen? Es fehlt sehr viel daran, hier immer die eigne Schuld der Parteien behaupten zu können; im Gegentheil ist wohl den Advokaten, welche so manchen schriftlichen Vortrag ins Gericht bringen, ohne ihn vorher dem Clienten mitgetheilt zu haben, weit mehr als diesem, der seinen Sachführer hinlänglich von der Sache unterrichtet glaubte, vorzuwerfen. Daß inzwischen dem Gegner der Aufwand ersetzt werde, welcher in unrichtigen Vorträgen, die jetzt zurückgenommen worden, seinen Grund hatte, wird nicht unrichtig bei dieser Gelegenheit von den Rechtsgelehrten angemerkt [31]. Denn wenn es billig ist, daß eine Partei durch Irrthum des Advokaten nicht ganz ihres Rechts verlustig werde, so ist es doch auch gewiß eben so billig, daß dem Gegner durch vergebliche Kosten kein Schade zugefügt werde. Der Client, welcher diesen vergüten muß, mag sich an seinen Sachwalter halten, der ihm überhaupt wegen der nachtheiligen Folgen seiner unrichtigen Vorträge verantwortlich bleibt [32], in sofern dem Clienten nicht selbst irgend eine Vernachlässigung dabei vorzuwerfen ist *).

§. 16. Grundsatz: Excipiens non fatetur.

Daß das Geständniß selbst wirklich vorhanden und ausgemacht seyn müsse, bevor der Richter über die Wirkung desselben entscheiden kann, versteht sich von selbst. Die Gesetze verordnen zwar bisweilen, daß ein Umstand als wahr und zugestanden angenommen werden könne, wenn die Partei, der es oblag, sich darüber zu erklären, die schuldige Antwort unterläßt. Die Strafe des Ungehorsams bei Seite gesetzt, darf der Richter der Regel nach nur dasjenige als zugestanden annehmen, was die Partei, gegen die es gelten soll, durch ausdrückliche und bestimmte Erklärung **) anerkannt hat. Der Ver-

---

[31] *Aeminga* cit. Dissert. §. 28.

[32] L. 13. u. 21. C. Mandati. *Wernher* select. observat. VIII, 363. *Aeminga* §. 27. etc. Glück's Pandekt. §. 365. u. f. w.

*) Nach des Herausgebers Ansicht gilt von schriftlichen Eingaben der Advokaten, wovon die Parteien selbst keine Kenntniß erhalten haben, die l. 2. C. de error. advoc., von gekannten und insbesondere mitunterschriebenen Prozeßschriften aber analogisch die l. 3. C. eod.

**) Ueber das s. g. stillschweigende Geständniß, was blos aus Thatsachen gefolgert wird, s. bes. Gönner a. a. O. II, 43, §. 2. Glück Comment. V, §. 290. J. A. Seuffert Blätter f. Rechtsanw. I, S. 7. Beck Annalen d. badischen Gerichte. II, S. 273. S. auch unten §. 19. a. E.

klagte z. B. kann Einreden vorschützen, woraus sich wohl folgern lassen dürfte, daß an sich der faktische Grund der Klage dadurch zugestanden sey. Wer vorgiebt, die Schuldforderung des Klägers schon bezahlt zu haben, scheint zuzugeben, daß ursprünglich eine solche Forderung vorhanden gewesen, und also die Thatsache, worauf der Kläger sie gründet, der Wahrheit gemäß sey. Allein durchaus richtig ist diese Folgerung nicht; denn man kann indebite gezahlt haben, und da die Einreden nur auf den Fall dem Verklagten zu Gute kommen sollen, wenn der Kläger erst vorher seinen Anspruch begründet hat, so würde es gerade gegen diesen Zweck, und gegen die Absicht des Verklagten angehen, wenn man gleichwohl seine Einreden selbst wider ihn gebrauchen, und eine Anerkennung des Klagegrundes daraus herleiten wollte. Die Gesetze verordnen vielmehr ganz bestimmt und allgemein: exceptionem objiciens de intentione partis adversae non intelligitur fuisse confessus (Cap. 6. X. de exceptionib.) und so auch das Römische Recht: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii, quocum agitur, quia exceptione utitur. (L. 9. D. eod.) Diese Vorschriften sind der Natur der Einreden so gemäß, daß der Richter sich keine Abweichung davon gestatten darf, wie sehr auch die Advokaten des Klägers es hierauf anlegen mögen.

§. 17. Fortsetzung.

Neuerer Zeit ist zwar theils von Westphal [33], theils und vorzüglich von Gönner [34] gegen die Allgemeinheit der gedachten Regel, besonders aber gegen die fortdauernde Anwendbarkeit derselben in unsern Gerichten mit Beziehung auf die Vorschrift des Reichsabschiedes von 1654. §. 37. Manches erinnert worden. Man giebt zwar zu, daß, wenn der Verklagte die Thatsachen, worauf es ankommt, ganz bestimmt in seiner Antwort leugnet, daneben aber noch Einreden hinzufügt, alsdann aus den letztern kein Geständniß der wirklich verneinten Punkte der Klage gefolgert werden dürfe, wie widersprechend auch immer sein Vortrag scheinen möge. Anders aber

---

[33] Oeffentl. und Privat-Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts nach Ordn. d. Pandekt. tit. de confessis. §. 6.

[34] Handb. d. Proz., II, 36. *Vergl. auch Grolman Theorie d. gerichtl. Verf. §. 174. 4te Ausg. Collmanns Grundlinien e. Th. d. Bew. S. 111. f.

soll sich die Sache verhalten, wenn der Verklagte, ohne sich bestimmt über den faktischen Grund der Klage zu erklären, nur Einreden vorschützt. Hier glaubt besonders Gönner in dem angeführten Reichsgesetze einen Grund für die Behauptung anzutreffen, daß der Verklagte, welcher die ihm gesetzlich obgelegene pünktliche Antwort auf die Klage unterläßt, sich eben dadurch einer weiteren Bestreitung der Thatsachen, worauf sie sich gründet, begeben habe, daß folglich diese nunmehr als zugestanden angenommen werden müssen, und der ganze Streit jetzt nur von den Einreden und deren Begründung abhänge. Daß dieses aber aus der gesetzlichen Vorschrift, welche dem Verklagten eine pünktliche Antwort auf die Klage zur Pflicht macht, noch keineswegs mit Recht zu folgern, vielmehr der Richter vermöge derselben nur berechtigt sey, auf bestimmtere Erklärung zu dringen, und fernerhin die bekannte gemeinrechtliche Strafe des Ungehorsams, d. i. daß mit Verlust der Einreden lis pro negative contestata anzunehmen sey, zu verfügen, ist bereits bei einer andern Gelegenheit ausführlich gezeigt, ebendaselbst auch das Nöthige gegen Westphal erinnert worden [35]. Es wird genügen, darauf zu verweisen, ohne das Vorgetragene hier durchgängig wiederholen zu dürfen. Dagegen aber wird es nicht undienlich seyn, einige Bemerkungen, welche dort nur im Allgemeinen gemacht sind, um der Mißdeutung des Satzes: excipiens non confitetur, zuvorzukommen, hier noch etwas näher zu erläutern, und in ihrer Anwendung desto anschaulicher darzustellen.

§. 18. Fortsetzung.

Natürlich deutet der angeführte Grundsatz immer nur so viel an, daß durch die Einrede des Verklagten der Klagegrund selbst noch nicht zugestanden sey. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß der Kläger die Gegenbehauptung des Verklagten nun gar nicht nutzen, noch irgend eine rechtliche Folgerung für sich daraus herleiten dürfe. Unstreitig kann der Kläger 1) die Thatsachen gerade so, wie sie der Verklagte zur Begründung seiner Einreden bestimmt anführt, als zugestanden zum Grunde legen, wenn er findet, daß daraus für

[35] Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einred. II. und III. 25. *Vergl. Martin Rechtsgutachten der Heidelb. Fak. No. III. Linde Abh. aus dem Civil-Pr. I, S. 26. f. Des Herausg. Institut. S. 345. (System §. 141. 365.)

ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können. — In einem Rechtshandel wegen außerehelicher Schwängerung behauptete z. B. die Klägerin, daß Verklagter ihr vier Wochen vor Pfingsten beigewohnt habe. Verklagter leugnete dies, behauptete aber dagegen, daß er am 16ten oder 17ten Julius mit ihr zu thun gehabt habe. Von dieser Zeit bis zur Niederkunft im Januar waren 187 Tage verflossen, folglich war aus der eigenen Angabe des Verklagten seine Vaterschaft anzunehmen. Doch verlangte er, daß die Klägerin den Beischlaf zu der in der Klage angegebenen Zeit beweisen solle, und das Gericht erkannte sie auch dazu schuldig. Dies war aber gar nicht nöthig, und mußte daher in der zweiten Instanz abgeändert werden, da das, was er selbst behauptete, zu seiner Verurtheilung schon hinreichte *). 2) Gesteht gleich der Verklagte durch die Einreden den faktischen Grund der Klage nicht dergestalt zu, daß der Richter diesen nun schon gegen ihn als wahr annehmen dürfte, so kann doch der Kläger die Thatsachen, welche der Verklagte bestimmt behauptet, und worauf Einreden von ihm gegründet werden, zum Zweck einer artificiellen Beweisführung nützen, wenn selbige eine Schlußfolge auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit der dem Libell zum Grunde liegenden Thatsachen darbieten, und daher wenigstens so viel bewirken, daß der Kläger zum Ergänzungseide in Ansehung der unvollständigen Beweisführung gelassen werden darf. — Gesetzt, die Zeitrechnung hätte in dem vorhin angeführten Rechtsfalle die Vaterschaft des Verklagten nach seiner eigenen Behauptung noch nicht ganz entschieden, so gestand er doch, mit der Klägerin in einem verbotenen Umgange gewesen zu seyn. Warum sollte dieses von ihm selbst angeführte Faktum nicht mit gebraucht werden können, um die Angabe der Klägerin desto wahrscheinlicher zu machen, und eben daher den in der Klage angegebenen Beischlaf eidlich von ihr erhärten zu lassen? Der Kläger kann aber 3) wenn er das Faktische der Einreden für sich nutzen will, solches nur gerade so, wie es der Verklagte selbst angeführt und zugestanden hat, zur nähern Begründung seiner Absicht annehmen. — Bei einem Gutshandel hatte sich der Käufer des Beiraths und der Hülfe eines Dritten bedient.

---

*) Etwas Anderes ist es, wenn mit den in Nebenumständen, z. B. in Ort und Zeit abweichenden Zugeständnissen des Beklagten besondere erhebliche Einreden in Verbindung gesetzt sind. Vergl. hierüber Collmann a. a. O. S. 100 und den Rechtsfall in den Zusätzen des Herausgebers.

Dieser behauptete, daß ihm, da der Handel schon zu Stande gekommen, und die Punktation bereits von beiden Theilen unterschrieben wäre, von dem Käufer eine Vergeltung von 500 Thaler versprochen worden sey. Er klagte also auf Bezahlung dieser Summe, obgleich der Kauf wieder rückgängig geworden war. Der Verklagte gestand zwar a. die 500 Thaler versprochen zu haben, aber nur b. unter der Bedingung, wenn der Handel zu Stande kommen würde, worunter er nichts Anderes, als die Vollendung des Handels durch Uebergabe des Guts verstanden haben wollte. Es ward erkannt, Kläger sey schuldig, zu beweisen, daß der Handel zu Stande gekommen sey. Da die Parteien darin einig waren, daß der Kauf nicht zur Erfüllung gediehen sey, so konnte der Beweissatz nichts Anderes als die Perfektion des Contraktes andeuten. Der Verklagte hatte aber nur so viel eingestanden, daß er in Beziehung auf die gänzliche Vollendung des Kaufs, und unter deren Bedingung die Vergeltung versprochen hätte, und da der Kläger selbst die Zeit des Versprechens nach bereits unterzeichneter Punktation, mithin nach perfekt gewordenem Handel angab, so war die Bedingung, welche der Verklagte in seiner Gegenbehauptung anführte, allerdings von der Consummation des Handels zu erklären, obgleich sonst der Ausdruck, daß der Handel zu Stande gekommen sey, auch noch eine andere Deutung zuläßt, die aber hier über das Geständniß des Verklagten hinausgegangen seyn würde. Zugleich lag aber auch schon in der Gegenbehauptung des Verklagten die Einrede conditionis plane deficientis, da beide Theile darüber einig waren, daß der Kauf vor erfolgter Uebergabe wieder rückgängig geworden sey. Folglich konnte vom Beweise, daß der Handel zu Stande gekommen sey, nicht mehr die Rede seyn; nicht in dem Sinne, wie der Verklagte den Ausdruck gebraucht haben wollte; denn hier war das Gegentheil des Beweissatzes schon ausgemacht; aber auch nicht in der Bedeutung, wie der Kläger die Worte nahm. Denn in diesem Verstande hatte der Verklagte auch das bedingte Versprechen nicht zugestanden. Es blieb daher nichts weiter übrig, als dem Kläger aufzugeben, den Grund seiner Klage, mithin das unbedingte Versprechen der Vergeltung geleisteter Dienste zu beweisen.

§. 19. Vorsicht des Richters bei Berufungen einer Partei auf das Bekenntniß einer andern, insbesondere vom stillschweigenden Geständnisse.

In den Verhandlungen der Civilprozesse ist es überhaupt etwas sehr gewöhnliches, daß nach den Geständnissen des Gegners gehascht wird. Verdenken kann man es den Parteien und ihren Sachführern nicht, daß der kürzeste Weg, den Schwierigkeiten der gerichtlichen Beweisführung zu entgehen, ihnen der willkommenste ist. Aber desto mehr ist es Pflicht der Richter, diese Berufungen auf gegenseitige Geständnisse nicht auf Glauben als wahr anzunehmen, sondern sich erst selbst gehörig von dem wirklichen Daseyn der Bekenntnisse zu überzeugen. Von dem unlautern Behelfe mancher Advokaten, welche überall Dinge als zugestanden acceptiren, die der Gegner keineswegs eingeräumt hat, soll hier nicht weiter die Rede seyn. Dieser Kunstgriff ist zu sehr unter der Würde eines ehrliebenden Sachführers, als daß er noch eine besondere Rüge verdienen sollte, und vernünftige Richter, die es ernstlich mit den Pflichten ihres Amts meinen, werden sich doch durch so etwas nicht irre machen lassen. Aber es ist noch eine vermeinte Rechtsregel übrig, unter deren Anleitung viel Unrecht geschehen kann, und die wir daher nicht ganz übergehen wollen. „Wer dem ihm nachtheiligen Anführen nicht widerspricht, von dem ist zu vermuthen, daß er es eingestehe;" oder wie Mevius es ausdrückt: Quaecunque pars adversa non disputat vel movet, judex pro concessis habet ac sequitur [36] d. i. die confessio tacita. Die Gesetze haben diese keinesweges sanctionirt: und die Sache selbst giebt manche Gründe dawider an die Hand. Der Widerspruch gegenseitiger Angaben unterbleibt, wie Struben [37] richtig bemerkt, vielfältig aus Nachlässigkeit des Schriftstellers, oder weil er den Umstand als unerheblich und keiner Antwort würdig geachtet hat. Geradezu läßt sich also die Behauptung darum noch nicht als eingeräumt annehmen. Vielmehr wird dieses nur unter gewissen Verhältnissen oder nach besonderer Bestimmung der Gesetze Statt finden können. Hätte Jemand eine gegenseitige Behauptung nur zum Theil und mit irgend einer Einschränkung bestritten, dabei aber das Uebrige unberührt gelassen, so könnte dieses den Umständen nach wohl als

---

[36] Decis. 11. 284. 7. S. auch *Leyser* med. ad Pandect. 473, 8.

[37] Vergl. R. B. I, 94. (No. 709. Spang.) IV, n. 12. (702.) *Fratr. Becmannor*. consil. et decis. I, 34, 7. II, 52, 11. Glück's Pandekt. 4. Th. §. 290. Gönner Handb. d. Proz. II, 53, 2.

eingeräumt angesehen werden; käme ferner eine gewisse Angabe häufig in der Verhandlung der Sache, oder wie man sagt, per integra acta vor, hätte der Gegner sie als zugestanden wieder in Anrege gebracht, und wäre sie doch darauf unwidersprochen geblieben, so dürfte alsdann der Richter wohl berechtigt seyn, sie als wahr bei der Entscheidung zum Grunde zu legen *). Sonst ist es richtiger, die Gegenpartei zur bestimmten Erklärung über den bisher unbeantwortet gebliebenen Umstand anzuhalten, wie es die Cellische Oberappellationsgerichtsordnung [38] ausdrücklich vorschreibt, oder doch wenigstens ihre rechtlichen Einwendungen dagegen vorzubehalten, wofern nicht die besondern Fälle eintreten, wo den Gesetzen nach poena confessi et convicti, als Strafe des Ungehorsams wegen unterlassener Antwort, anwendlich wird.

§. 20. Bedingte und qualificirte Geständnisse.

Noch ist eine erhebliche Eintheilung der Geständnisse in unbedingte oder einfache und bedingte oder qualificirte übrig, wovon aber schicklicher bei Erörterung der Frage: Wer beweisen müsse? die Rede seyn wird. (VI, §. 42. f.)

---

*) Ueberhaupt tritt hier die Regel ein: qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare, die auch die allgemeinen deutschen Prozeßgesetze im Wesentlichen anerkennen. Die nähere Untersuchung gehört nicht hieher. Vergleiche indeß Linde a. a. O. S. 37.

[38] P. 2. tit. 12. §. 10. bei Struben a. a. O.

V.

Ueber die Vermuthungen *).

§. 1. Begriff und Eintheilungen.

Vermuthung im Allgemeinen ist das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie zur völligen, in Rechtssachen also zur rechtlichen Gewißheit an sich nicht hinreichen würden. Man unterscheidet bekanntlich dreierlei: a. die gemeine oder bloß faktische Vermuthung, praesumtio hominis s. simplex; b. die provisorisch sanctionirte Vermuthung, praesumtio juris s. qualificata, Rechtsvermuthung; c. die ganz unbedingt vorgeschriebene Vermuthung, praesumtio juris et de jure. Gemeine oder einfache Vermuthungen beruhen auf Wahrscheinlichkeitsgründen, die der Richter zu prüfen hat, und können also nur durch das Gewicht dieser Gründe zur Glaubwürdigkeit einer Sache beitragen. Betrifft diese Vermuthung eine gesetzwidrige Handlung, oder die Theilnahme derselben, so heißt sie Verdacht. — Rechtsvermuthungen, praesumtiones juris, sind durch das Gesetz dergestalt sanctionirt, daß der Richter vermöge derselben einen gewissen Thatsatz als ausgemacht annehmen muß, vorausgesetzt, daß das Gegentheil nicht gehörig erwiesen wird. — Die ganz unbedingt vorgeschriebene Vermuthung endlich, oder sogenannte praesumtio juris et de jure, soll diejenigen Fälle begreifen, wo das Gesetz vermöge einer bereits ausgemachten Thatsache den Schluß auf eine andere dergestalt als wahr und entscheidend anerkannt

*) Gegen des Verf. Theorie hat sich zum Theil erklärt: A. W. Feuerlein in Gönners Arch. f. Gesetzg. IV, S. 1. f. womit aber wieder die Berichtigungen bei Borst über die Beweislast S. 35. f. zu vergleichen sind.

wissen will, daß auch selbst der Beweis des Gegentheils nicht weiter Statt findet; z. B. daß ein Ehegatte, welcher den begangenen Ehebruch des andern wußte, und doch den ehelichen Umgang fortsetzte, sein Recht, auf die Scheidung zu dringen, hiedurch aufgegeben habe *), oder daß der Aussteller einer Handschrift nach einer bestimmten Zeit mit der Ausflucht des nicht empfangenen Geldes gar nicht gehört werden soll. Genau betrachtet muß es aber einem Jeden einleuchten, daß die Gesetze in Fällen dieser Art nicht sowohl die Absicht haben, die förmliche Wahrheit einer gewissen Thatsache an sich zu bestimmen, — denn mit diesem Zwecke würde doch die Zulässigkeit einer probatio contrarii im Ganzen allerdings noch vereinbarlich bleiben — als vielmehr nur anzuordnen, daß jener Vorgang, so weit er schon ausgemacht ist, auf jeden Fall die Folgen eines gewissen Verhältnisses nach sich ziehen soll, ohne auf die Einrede, daß das Geschehene oder Nichtgeschehene mit gedachtem Rechtsverhältnisse nicht in Verbindung stehe, irgend eine Rücksicht zu gestatten. Diese Anordnung der Gesetze läßt sich daher nicht füglich dem Begriffe einer Vermuthung unterordnen [1].

§. 2. Gründe der Vermuthungen.

Die Gründe der Vermuthungen, sowohl der gemeinen, als auch der eigentlich sogenannten Rechtsvermuthung, können hergenommen werden, a. aus dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie ihn die Erfahrung darstellt. Man nimmt dies Gewöhnliche als Regel an, wenn es gleich nicht immer zutrifft, und man ist daher geneigt, was diese Regel mit sich bringt, in vorkommenden Fällen gleichfalls für wahr und richtig zu halten, wenn man sonst keine besondern Gründe für das Gegentheil wahrnimmt; b. aus den Wirkungen und Folgen, welche die Natur der Dinge, der persönlichen Verhältnisse und Handlungen an sich zwar mit sich bringt und erwarten läßt, die aber doch nicht durchaus nothwendig damit verknüpft sind, — denn sonst wäre völlige rechtliche Gewißheit, keine bloße Vermuthung

---

*) L. 13. §. 9. D. ad L. Jul. de adult. Vergl. Collmann Grundlin. S. 93.

[1] *J. H. Böhmer* de collis. praesumt. c. 1. §. 6. Exercit. ad Pandect. T. IV, p. 247. s. *Vergl. Collmann a. a. O. S. 85. f.

weder juris, noch hominis vorhanden [2] — sondern unter gewissen Umständen, oder vermöge besonderer Hindernisse auch davon entfernt seyn können. c. Die bloße Möglichkeit einer Sache giebt zwar an sich und allein noch keinen Grund, Etwas als wirklich zu vermuthen, indessen kann das Gesetz zum Besten gewisser Personen, und um größere Nachtheile zu verhüten, bisweilen auch schon die Möglichkeit einer Thatsache als zureichenden Grund annehmen, um die Wirklichkeit derselben einstweilen zu vermuthen, z. B. in jenen Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob Jemand als Vater eines Kindes anzusehen sey.

Seit einiger Zeit herrscht in den Lehrbüchern der Begriff, wodurch v. Tevenar die Sache auszudrücken suchte. „Vermuthungen sind Schlüsse, die sich in Eigenschaften, in Verhältnissen, Wirkungen und Folgen, die die Sachen gemeiniglich haben, und in Umständen, die solche gemeiniglich begleiten, auch daher wahrscheinlich sind, gründen," oder mit Brisson zu reden: Praesumtio est opinio vel conjectura ducta a lege sive judice ab eo, quod ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidere solet. Ganz erschöpft diese Erklärung die Sache nicht, da wir gesehen haben, daß nicht bloß das Gewöhnliche, wie es die Erfahrung ergiebt, und Schlüsse aus der Natur der Sache, und aus dem Zwecke der vorkommenden Geschäfte u. s. w. gewisse Vermuthungen erzeugen, daß vielmehr diese nach Vorschrift der Gesetze sich bisweilen auch bloß auf die Möglichkeit gründen, also nur durch einige, obgleich seltene Fälle veranlaßt seyn können, und wobei wenigstens das, was gemeiniglich geschieht, sicher gar nicht zum Grunde liegt. Gerade dies Letztere würde z. B. bei Kindern, denen das Gesetz die Vermuthung der ehelichen Geburt zugesteht, häufig eine ganz entgegenstehende Wahrscheinlichkeit an die Hand geben. Jener

---

[2] L. 6. D. de his, qui sui vel alieni juris sunt, giebt unter andern hievon ein Beispiel: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

Begriff läßt sich daher im Gegensatze nicht umkehren, — contrapositio simplex, wie es die Logik nennt —; ist also zu enge.

§. 3. Nähere Bestimmung der qualificirten oder Rechts-Vermuthungen, und Verschiedenheit derselben von den einfachen Vermuthungen.

Die Rechtsvermuthung, worauf es hier vorzüglich ankommt, ist in mehr als einem Betrachte von der gemeinen Vermuthung wesentlich verschieden, und gleichwohl gehen in der Anwendung durch die Vernachlässigung dieses Unterschiedes, und dadurch, daß Wirkungen, die nur der ersten eigen sind, auch der zweiten zugestanden werden, nicht selten große Mißbräuche vor. Aber auch in der Theorie des Rechts hat sich unter dem Ansehen der Gelehrten von Zeit zu Zeit eine ziemliche Anzahl ganz unrichtig und ohne Gesetz behaupteter Rechtsvermuthungen eingeschlichen. Desto nöthiger ist es also, diese Sache einmal den Gesetzen selbst und ihrer wahren Beschaffenheit nach richtigen Begriffen wieder etwas näher zu bringen *). Die richtige Ansicht ist diese:

Erstlich. Rechtsvermuthungen müssen durch ein positives Gesetz ausdrücklich sanctionirt, oder durch ein erweisliches Gewohnheitsrecht bestätigt seyn; jede andere Wahrscheinlichkeit, wie dringend sie auch seyn mag, ist immer nur praesumtio hominis.

Zweitens. Die rechtliche Vermuthung entscheidet eine faktische Frage sogleich provisorisch, und erfordert zu ihrer Anwendung nichts mehr, als die Richtigkeit einer bestimmten Thatsache, welche das Gesetz im Allgemeinen als zureichenden Grund für die Wahrheit eines andern Umstandes anerkannt hat; dahingegen muß die gemeine Vermuthung immer erst von mehreren, in concreto zusammentreffenden Umständen ausgehen, um dies oder jenes nach besondern individuellen Verhältnissen wahrscheinlich zu machen [3].

Drittens. Die praesumtio juris beruhet nicht immer auf Gründen einer bestimmten Wahrscheinlichkeit, sondern bisweilen hat schon

---

*) Vergl. *J. H. Böhmer* l. c. §. 8. J. E. P. I, 2, 23, §. 2.

[3] *de Böhmer* Meditat. ad C. C. C. Art. 29. §. 1. *Daß zu einer gemeinen Vermuthung immer mehrere zusammentreffende Umstände erforderlich seyen, ist wohl zu viel behauptet. Der Verf. hat die Erfordernisse des Indicienbeweises und der einzelnen Bestandtheile desselben verwechselt. S. auch *J. H. Böhmer* l. c. §. 10. diss.

die Möglichkeit einer Sache die Gesetzgebung veranlaßt, eine Vermuthung dafür zu sanctioniren, um den Fällen, da Jemand unverdient in nachtheilige Verhältnisse gerathen könnte, zuvorzukommen, wie davon schon im Vorhergehenden ein Beispiel angeführt ist. Praesumtio hominis kann natürlich hierauf gar nicht gegründet werden; sie ist ohne eigentliche *in concreto wirklich vorhandene* Wahrscheinlichkeitsgründe gar nicht denkbar.

Viertens. Ueber die Rechtsvermuthung und das Gewicht ihrer Gründe kommt dem Richter im Allgemeinen kein wirksames Urtheil zu. Sie erfordert zu ihrer Anwendung nichts weiter, als daß die einfache Thatsache, welche das Gesetz voraussetzt, wirklich vorkommt. Wenn das Gesetz sagt: Kinder, die im siebenten Monat nach vollzogener, oder noch im zehnten Monat nach getrennter Ehe geboren sind, müssen als eheliche Kinder angenommen werden, so steht es natürlich dem Richter nicht frei, das Gegentheil als Grundsatz, oder als Regel überhaupt, geltend zu machen, wie sehr er auch, besonders was den ersten Punkt betrifft, für sich, und nach den Lehren der neuern Aerzte, von der physischen Unmöglichkeit dieser gesetzlichen Vermuthung überzeugt seyn mag *). Die gemeine Vermuthung hingegen ist sowohl in thesi als auch in hypothesi gänzlich der Beurtheilung des Richters überlassen.

Fünftens. Die Rechtsvermuthung ist für die Wahrheit einer Thatsache schon provisorisch entscheidend, bis das Gegentheil zur Gewißheit gebracht wird; die gemeine Vermuthung hat diese Wirkung nicht, sondern kann nur als Beweisgrund mit angewandt werden. Jene befreit also vom Beweise, diese soll zur Führung desselben beitragen. Hieraus folgt, daß die gemeinen Vermuthungen bei der Abfassung des ersten Interlocuts im ordentlichen Prozesse gar nicht in Betrachtung kommen, wie anscheinlich sie auch einem der streitenden Theile das Wort reden mögen, da sie als solche weder einen völligen Beweis ausmachen, noch vom Beweise befreien, folglich auf die Fragen: Was zu beweisen sey, und wer die Beweisführung übernehmen müsse? an sich gar keinen Einfluß haben. Erst dann, wenn zu entscheiden ist, ob ein gewisser Beweis von dem, der ihn beizubringen hat, geführt sey oder nicht, kann die gemeine Vermuthung dem, der sie für sich hat, einen günstigen Ausspruch

*) Dennoch hat man sich in neuerer Zeit auch wohl hierüber hinaussetzen wollen. Vergl. Gans Zeitschrift f. Civ. und Crim. Rechtspfl. I, No. 27.

bewirken. Natürlich aber hat der Richter gleich bei dem ersten Urtheile, welches jene Frage bestimmen soll, auf Rechtsvermuthungen zu achten, wenn sie dem einen oder dem andern Theile zu Statten kommen. *).

§. 4. Nöthige Vorsicht der Richter hiebei.

Bei dieser so erheblich verschiedenen Wirkung beider Arten der Vermuthungen leuchtet es wohl von selbst ein, daß jede Vermischung derselben desto sorgfältiger zu vermeiden sey. Nichts ist gewöhnlicher, als daß die Parteien den an sich richtigen oder oft nur eingebildeten Wahrscheinlichkeitsgründen, die sie für ihre faktischen Behauptungen anzubringen wissen, das Ansehen und die Kraft einer Rechtsvermuthung zu verschaffen suchen. Hat der Richter nun für diese Fälle keine bestimmten Begriffe und Grundsätze in Ansehung der Leitung des gerichtlichen Verfahrens, so ist seine Täuschung unvermeidlich. Eines Theils wird er schon als Mensch nach seiner Empfindung geneigt seyn, die Absicht einer Partei, vermöge der Wahrscheinlichkeiten, die dafür streiten, zu begünstigen, und in eben dem Maße dem vermutheten Unrecht des andern Theils entgegen zu wirken, folglich auch diesen eher, als jene mit förmlichen Beweisen zu belästigen; andern Theils sind die Gesetze selbst hier bisweilen gewissen Mißdeutungen unterworfen, und drittens kann die Auctorität der Meinungen, besonders der sogenannten gemeinen Meinung

---

*) Wie nun, wenn bereits mehrere zusammentreffende, unzweideutige Vermuthungen vorliegen, aus welchen die vollständigste Ueberzeugung über das streitige x gewonnen und aufgedrungen wird? Muß dann nichts destoweniger im gemeinen deutschen Prozeß auf Beweis erst erkannt werden? Bekanntlich legt das römische Recht dem Indicienbeweise keine geringere Kraft bei, als demjenigen, der aus andern Beweismitteln entspringt (l. 19. C. de R. V.); im gemeinen deutschen Prozeß steht jedoch das Bedenken entgegen, daß dem Gegner durch ein sofortiges Definitiverkenntniß das Recht auf einen formellen Gegenbeweis, der doch immer möglich bleibt, wenn auch der Prinzipalbeweis schon durch Indicien geführt seyn sollte, abgeschnitten werden würde. Nach des Herausgebers Meinung würde also auch dieser Gegenbeweis wenigstens immer noch vorbehalten werden müssen. Der schon angeführte Indicienbeweis würde nach unserm abgemessenen Prozeßgang blos als eine probatio anticipata zu betrachten seyn. Aber ein Erfüllungs-Eid auf bloße Indicien kann am Schluß des ersten Verfahrens keinesweges schon Statt finden. Vergl. Gensler, Archiv für civil. Pr. I, 343.

der Rechtsgelehrten auch hier für die Rechtspflege sehr nachtheilig werden, wenn die Gerichte es an der gehörigen Prüfung derselben nach Rechtsgründen ermangeln lassen.

§. 5. Nicht jede Vermuthung oder Wahrscheinlichkeit, deren die Gesetze erwähnen, ist darum schon Rechtsvermuthung.

Nicht jeder Wahrscheinlichkeitsgrund wird dadurch, daß die Gesetze seiner als eines solchen gedenken, schon zu einer Rechtsvermuthung erhoben *). Soll diese Statt finden, so muß das Gesetz sie dispositive anordnen, und den Richter verpflichten, einen gewissen Thatumstand einstweilen als wahr gelten zu lassen, bis in gegebenen Fällen die völlige und rechtlich ausgemachte Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des provisorisch im Gesetz bestätigten Satzes eintritt, z. B. die vorhin erwähnte Anordnung der Gesetze in Ansehung der in zweifelhaften Fällen anzunehmenden ehelichen Geburt; so wie die Vorschrift, daß von der Tilgung der Handschrift auf die Aufhebung der Schuld zu schließen [4]; imgleichen daß, wenn der Gläubiger die Schuldverschreibung an den Schuldner zurückgibt, die persönliche Forderung für aufgegeben zu achten [5]; daß ein Abwesender, von dem es an Nachrichten fehlt, nach zurückgelegtem siebzigsten Jahr für todt zu halten sey, wie man wenigstens als allgemein anerkannte Regel anzunehmen pflegt; ferner, daß wenn Vater und Sohn in einer Gefahr umkommen, der mündige Sohn (pubes) den Vater, dieser aber den Unmündigen, überlebt habe u. s. w. [6]. Man muß dagegen von Rechtsvermuthungen wohl unterscheiden·

---

*) *J. H. Böhmer* J. E. P. l, c. §. 1.

[4] L. 24. D. de probat. „Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur."

[5] L. 2. §. 1. D. de pactis. „Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit." Glück's Pandekt. 1. Th. §. 290.

[6] L. 9. §. ult. D. de reb. dub. „Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit: intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium adprobetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse: nisi et hic contrarium adprobetur." — L. 22. 23. eod. L. 26. pr. D. de pact. dotal.

A. wenn eigentlich nur eine gemeine Vermuthung oder ein gemeiner Verdacht als solcher in den Gesetzen gebilligt, oder näher bestimmt wird, wovon es bei den Entscheidungen einzelner Fälle des Römischen und Canonischen Rechts nicht an Beispielen fehlt [7]. B. Wenn die

---

[7] L. 31. §. 21. D. aedil. edicto. „Qui mancipia vendunt, nationem cujusque in venditione pronunciare debent: plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emtorem. Idcirco interest nostra scire nationem: praesumtum etenim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata; quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. Quod si de natione ita pronunciatum non erit, judicium emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur: per quod emtor redhibet mancipium.“ Nicht leicht wird wohl Jemand in den Vermuthungen, deren hier gedacht wird, eigentliche praesumtiones juris annehmen wollen. S. überhaupt *J. H. Böhmer* de collis. praesumt. cap. 1. §. 9. Auch das berühmte cap. 12. X. de praesumt. bestimmt im Ganzen nichts weiter, als daß der Richter auch auf dringende Verdachtsgründe des Ehebruchs schon die Ehe trennen dürfe, und führt den Fall, da der klagende Theil Zeugen beigebracht hatte, firmiter asserentes, quod postquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, consanguineum viri ejusdem solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, multis locis secretis, et latebris ad hoc commodis et horis electis etc., nur als Beispiel an, quod ex hujusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari. Die Vorschrift geht überhaupt nur dahin: „Wer durch seine Schuld sich in einen solchen Verdacht bringt, giebt dem Andern dadurch ein Recht, auf Trennung zu dringen.“ Der wirklich begangene Ehebruch wird aber darum noch nicht als wahr angenommen, folglich kann hier auch von keiner eigentlichen Rechtsvermuthung die Rede seyn. Denn sonst würde der Richter auf den Grund derselben auch auf die übrigen Folgen des Ehebruchs erkennen können, wenn kein Beweis des Gegentheils geführt würde. Dies läßt sich aber doch weder in Ansehung der öffentlichen, noch der Privatstrafen, z. B. des einzubüßenden Brautschatzes mit Grunde behaupten, da beide den rechtlich ausgemachten Ehebruch voraussetzen. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. s. w., §. 329. edit. 5. etc. Gegen die verlangte Trennung der Ehe ist der Verklagte mit der Behauptung des nicht vorgegangenen Ehebruchs, wenn er sie auch beweisen könnte, nicht zu hören, da es dem Kläger nicht anzusinnen ist, mit einer Person, die sich schon soweit, als der angeführte Text voraussetzt, vergangen und verdächtig gemacht hat, ferner in Verbindung zn bleiben. Wohl aber muß es doch dem Verklagten freistehen, selbst unter den gedachten Umständen durch gegenseitigen Beweis, daß er ohne sein Verschulden, unwissend, oder wider seinen Willen in jene Verhältnisse gekommen sey, den Verdacht abzulehnen, den jene Thatsachen an sich sonst veranlassen, folglich läßt sich auch mit Thibaut Pand. R. §. 630., vermöge des angeführten Cap. 12. X. de praesumt. keine praesumtio juris et de jure behaupten. *Viel richtiger würde aber der Verf. dieses

Gesetze den gewöhnlichen Lauf der Dinge, und was gemeiniglich als Ursache und Wirkung im Zusammenhange steht, bloß historisch oder enunciativ bei Gelegenheit gewisser Verfügungen anführen. Dies bindet den Richter als Gesetz gar nicht, wenn er dergleichen Bemerkungen an sich falsch, und die Schlußfolge, die daraus auf den eben vorkommenden Fall gezogen wird, unrichtig befindet; und am allerwenigsten kann er sie mit der vollen Wirkung einer Rechtsvermuthung bei seinen Aussprüchen zum Grunde legen. Natürlich kann auch C. daraus, daß die Gesetze ausdrücklich über diese oder jene faktische Behauptung einen Beweis erfordern, noch nicht gefolgert werden, daß das Gegentheil des zu beweisenden Satzes darum schon rechtlich zu vermuthen sey. Jene Beweisauflage bringt nichts weiter mit sich, als daß der Beweissatz, wovon die Rede ist, keine rechtliche Vermuthung für sich, nicht aber, daß er darum auch schon eine dem Gegner zu Gut kommende Vermuthung wider sich habe. Ueber jeden dieser drei Punkte wird noch Etwas zur näheren Erläuterung zu sagen seyn.

§. 6. Fortsetzung.

A. Haben die Gesetze einen gewissen Umstand nicht schon an sich und allgemein als Vermuthungsgrund für die Existenz eines andern anerkannt, sondern nur in Beziehung auf die ihn begleitenden Nebenumstände und persönlichen Verhältnisse, von denen es erst abhängt, ob die Schlußfolge mit Sicherheit darauf gebaut werden kann: so ist das besonders ein sicheres Kennzeichen, daß die Gesetze ihn bloß als praesumtio hominis behandelt haben, wenn gleich in diesem Betrachte die Wahrscheinlichkeit durch das Zusammentreffen mehrerer Umstände und Verhältnisse so dringend seyn kann, daß sie nach Vorschrift des Gesetzes sogar die Stelle eines völligen Beweises vertreten dürfte [8]. Selbst die Anzeigen eines Verbrechens, worauf

---

Beispiel unter die Categorie von **B.** gestellt haben. Vergl. Collmann a. a. O. S. 90. f.

[8] Hieher gehört besonders die von Vielen angenommene Rechtsvermuthung, daß eine Schuldforderung wegen oft unterlassener Abrechnung derselben als aufgehoben anzunehmen sey. Man sehe unter Andern *Leyser* medit. ad Pand. spec. 173. med. 5. et 6. und *Müller* ad eundem Tom. II. obs. 366. In der That aber findet sich hier nichts weiter, als eine praesumtio hominis, die von vielen besondern Umständen abhängt, und als solche kommt sie auch nur L.

die Peinliche Gerichtsordnung Carls V. den Richter hinweiset, sind nichts weniger als eigentliche Rechtsvermuthungen, sondern Anleitungen für den Richter, um seine Uebereilung zu verhüten, und wodurch ihm bloß zu erkennen gegeben wird, unter welchen Verhältnissen er diese Anzeigen als Verdachtsgründe gelten lassen könne. Also haben die Gesetze hier eigentlich nur die praesumtio hominis etwas näher zu bestimmen gesucht, und die Wirkung kann daher auch keine andere seyn, als sie es überhaupt bei Vermuthungen dieser Art nur ist, d. h. der Richter wird dadurch noch nicht berechtigt, noch weniger verpflichtet, vermöge dieser Wahrscheinlichkeit, wenn sie nicht durch entgegenstehende Gründe in concreto aufgehoben ist, schon eben das zu erkennen, was die in Gewißheit gesetzte Wirklichkeit der Sache mit sich bringen würde, wie dies in Fällen, wo eine praesumtio juris vorhanden ist, allerdings geschehen kann und muß; sondern die Sache muß noch erst völlig in rechtliche Gewißheit gebracht werden, wenn gleich die schon vorhandene Wahrscheinlichkeit diesen Beweis erleichtern, auch besondere Mittel zur Ergänzung desselben rechtfertigen kann.

§. 7. Fortsetzung.

B. Wenn das Gesetz sagt, daß Feuerschäden gemeiniglich durch die Schuld der Bewohner des Hauses entstehen, so kann dies ebenfalls nicht als praesumtio juris angesehen werden [9]. Denn sonst müßte jeder Richter geradezu schon den Inhaber oder die Bewohner des Hauses, in welchem Feuer ausgekommen ist, als Brandstifter

---

26. D. de probat. vor. „Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae solvisset: Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.“ Daß die ganze Sache von manchen individuellen Verhältnissen abhänge, die der Richter erst genau zu beurtheilen hat, folglich geradezu von einer Rechtsvermuthung die Rede nicht seyn könne, erhellet hieraus von selbst. *Vergl. Collmann a. a. O. S. 44.

[9] L. 3. §. 1. D. de off. praef. vigil. „Cognoscit Praefectus vigilum de incendiariis. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.“

verurtheilen dürfen, bis sie das wirkliche Gegentheil erwiesen. Dies ist aber wohl nicht die Absicht des Gesetzes. Es heißt darin: „Der praefectus vigilum instruirt gegen Brandstifter u. s. w.; grobe und berüchtigte Verbrecher schickt er an den ordentlichen Criminalrichter; meistens aber macht er die Sache selbst ab, weil die Feuerschäden gemeiniglich nur durch Verwahrlosung der Einwohner selbst geschehen;" die ganze Stelle enthält also bloß verba enunciativa, sie sagt historisch aus, was am häufigsten und in den mehresten Fällen vorzukommen pflegt, und was die Untersuchungen gewöhnlich ergeben *). Es ist auch, wenn die Umstände sonst auf keine andere Ursache leiten, allerdings ein gewisser Verdacht der Verwahrlosung gegen die Bewohner des Hauses nicht ganz ungegründet. Aber mit keinem Worte sagt das Gesetz, daß der Richter dies in vorkommenden Fällen schon geradezu bis zum Beweise des Gegentheils für wahr halten, und wenn es an diesem Beweise fehlte, vermöge der Vermuthung eben so, als wenn Alles völlig erwiesen wäre, erkennen sollte [10].

Hat man also bei den verschiedenen Anordnungen der Gesetze schon alle Vorsicht nöthig, um gegen Mißdeutungen derselben auf seiner Hut zu seyn, so wird man noch mehr Ursache haben, gegen die Behauptungen der Rechtsgelehrten einiges Mißtrauen zu hegen, wenn sie irgend einen Satz als Rechtsvermuthung ankündigen. Unter dem Ansehen von Menoch hat sich Vieles in die Reihe dieser Vermuthungen eingeschlichen, was doch höchstens in Verbindung mehrerer Umstände nur praesumtio hominis seyn würde. Menoch und Mascard sind freilich jetzt nicht mehr als Orakel für die zweifelhaften Rechtsfälle im Gange, aber der Ton, den sie angegeben haben, ist darum noch nicht ganz verschwunden; und ad modum Menochii macht vielleicht noch manche vermeinte Rechtsvermuthung ihr Glück, die eigentlich nicht durchgehen müßte.

---

*) Vielmehr sagt die Stelle: weil die gewöhnliche Erfahrung dafür spricht, daß Feuersbrünste durch Schuld der Bewohner entstehen, so straft der Präfect schon diejenigen polizeilich, welche in ihren Wohnungen nachlässig mit Feuer umgehen, selbst wenn noch keine Brandstiftung erfolgt ist.

[10]) Mehr hievon wird noch in folgendem Aufsatze VI, §. 4. bei Gelegenheit des Beweises der culpa vorkommen.

§. 8. Was nach den Rechten nicht zu vermuthen ist, begründet noch keine Rechtsvermuthung für das Gegentheil.

C. Eine Hauptquelle der Unrichtigkeiten, welche nach und nach hier aufgekommen sind, ist in der Nichtbeobachtung des vorhin bemerkten dritten Punkts zu suchen. Wenn von zweien einander entgegengesetzten Dingen das eine als wahrscheinlich ausgesagt wird, so folgt natürlich, daß das andere nicht, oder doch weniger vermuthet wird. Aber daraus, daß es dem einen an Gründen der Wahrscheinlichkeit bloß fehlt, folgt noch nicht gleich umgekehrt, daß das andere stärkere Vermuthungen für sich habe. Denn es können ja weder für das Eine, noch für das Andere Gründe zu irgend einem bestimmten Urtheile vorhanden seyn. Zu sagen: Es wird nicht vermuthet, daß Jemand diesen oder jenen Contrakt geschlossen habe, ist doch wohl nicht ganz identisch mit dem Satze: Es wird vermuthet, daß er ihn nicht geschlossen habe. Jenes setzt nur so viel voraus und deutet nichts weiter an, als daß man keine Gründe habe, um die Schließung des Contraktes anzunehmen, dieses hingegen hat eigentlich den Sinn, daß wirklich Gründe vorhanden sind, um daraus zu folgern, daß der Handel nicht eingegangen sey. Dies Letztere dürfte sich doch wohl nicht füglich schon im Allgemeinen als Rechtsvermuthung annehmen lassen [11].

§. 9. Von der vermeinten Rechtsvermuthung für das Pflichtmäßige, für die natürliche Freiheit und rechtmäßigen Besitzerwerb.

Wenn nun die Gesetze eine gewisse Thatsache ohne Beweis nicht als wahr angenommen wissen wollen, und daher demjenigen, dessen Anträge von der Richtigkeit jener Thatsache abhängen, ihre rechtliche Bewahrheitung zur Pflicht machen, so folgt daraus noch nichts weiter, als daß der faktische Grund seines Antrags keine gesetzliche Vermuthung für sich habe; hingegen keineswegs läßt sich daraus schon abnehmen, daß eine Rechtsvermuthung wider ihn, mithin für das Gegentheil vorhanden sey. So evident dies Alles nun auch ist, so sind die Rechtsgelehrten gleichwohl in äußerst vielen Fällen, wo

---

[11] Daher ist der Ansicht C. C. G. Schneiders (vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise, Gießen und Darmstadt 1803. §. 29.,) daß derjenige, welcher einen geschlossenen Vertrag leugne, die rechtliche Vermuthung für sich habe, nicht füglich beizupflichten.

die Gesetze nichts weiter verfügen, als daß derjenige, gegen den ein factum agendo oder excipiendo vorgebracht wird, und der solches bestreitet, vom Beweise frei seyn soll, auf die ganz unrichtige Vorstellung eigentlicher Rechtsvermuthungen gerathen, wovon unter Andern die unter Böhmer vertheidigte Dissertation de collisione praesumtionum mehrere Beispiele enthält *). Vergleicht man zuvörderst die bekannten Sätze: Quilibet praesumitur bonus; omne praedium praesumitur liberum; quaelibet possessio praesumitur juste adquisita, die so oft und überall als vorzügliche Rechtsvermuthungen angekündigt werden, mit den Vorschriften der Gesetze selbst: so findet man in diesen nichts mehr, als was die Natur der Sache auch ohne alle gesetzliche Sanction mit sich bringt, daß nämlich Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworfen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig seyn würde, ohne diesen Beweis dergleichen schon als wahr anzunehmen; daß ferner derjenige, der die Eigenthumsrechte eines Andern einzuschränken, an Sachen, welche dieser hat, oder an dessen Person gewisse Rechte geltend zu machen sucht, die Beweise dieser Anmaßungen beibringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechtens gänzlich enthalten muß. Alles dieses bedarf durchaus der gesetzlichen Sanction als eigentlicher Rechtsvermuthungen gar nicht. Man sollte daher statt ihrer und anderer ihnen ähnlicher Regeln eigentlich nur umgekehrt sagen: Es wird nicht vermuthet, daß Jemand gesetzwidrig gehandelt habe, nicht vermuthet, daß eine Sache mit Servituten belastet, nicht, daß ein vorhandener Besitz unrechtmäßig erworben sey. Hieraus würde die Verbindlichkeit zur Beweisführung sowohl in Ansehung des Objekts, als auch des Subjekts, eben so gut von selbst folgen, als man sie vermöge jener vermeinten Rechtsvermuthungen zu bestimmen sucht. Dabei aber würde die Sache offenbar richtiger ausgedrückt, was auch selbst in Ansehung der Folgen hier nicht gleichgültig ist. Hat nämlich ein Thatsatz einmal eine Rechtsvermuthung für sich, so mag er zur Begründung einer Klage, oder zur Vertheidigung dagegen vorkommen, er muß in jedem Falle einstweilen zum Besten dessen, der sonst der Regel nach den Beweis zu führen hätte, als wahr angenommen werden, bis das Gegentheil erwiesen wird. So z. B. könnte daher ein Rechnungsführer, vermöge der

---

*) Exerc. ad Pand. t. IV, p. 267.

berühmten Regel: Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium, verlangen, daß man allen seinen Angaben auf sein Wort trauen; ein Schuldner, daß man die von ihm vorgeschützte Einrede der Bezahlung ohne Beweis einstweilen als wahr annehmen müsse, weil die rechtliche Vermuthung dafür sey, daß man pflichtmäßig verfahre, folglich nicht mit Unwahrheiten umgehe, Andern das Ihrige nicht vorenthalte, u. d. m. Hiemit würde wohl freilich nicht leicht Jemand in den Gerichten durchkommen; aber wenn doch einmal eine rechtliche Vermuthung als solche für das Pflichtmäßige angenommen wird, so wird man auch die rechtlichen Folgen derselben nicht verkennen dürfen, und es ist daher wenigstens eine billige Forderung an die Rechtstheorie, daß man uns Gründe angebe, um der Schwierigkeit, die sich hier zeigt, entgehen zu können. Schneider [12] glaubt, daß mit Beibehaltung gedachter Rechtsvermuthung der anscheinende Widerspruch nicht anders, als dadurch aufzulösen sey, daß die Vermuthung für das Pflichtmäßige dem, der einen bejahenden Thatsatz für sich anführt, nicht zu Statten komme, sondern nur dem, der die ihm vorgeworfene Pflichtwidrigkeit verneine, weil in jenem Falle das Gegentheil der bestimmten Behauptung wegen der Möglichkeit unendlich vieler anderer Handlungen eine größere Wahrscheinlichkeit für sich hätte, hinwiederum in diesem nur eine Möglichkeit gegen eine andere, also auf keiner Seite Wahrscheinlichkeit, und daß bei diesem absoluten Gleichgewichte es wohl erlaubt sey, die Idee von der moralischen Würde des Menschen einen Ausschlag geben zu lassen. Allein mit einer Rechtsvermuthung, die man uns da, wo wir sie eigentlich als solche, wenn sie gegründet wäre, anzuwenden hätten, versagt, und nur da gestatten will, wo wir zu unserm Zwecke gar keiner praesumtio juris bedürfen, mit einer solchen Rechtsvermuthung muß es doch eine ganz eigene Bewandniß haben. Die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige kann Niemanden vom Beweise befreien, der ihn sonst führen muß, wenn man auch die Regel: quilibet praesumitur bonus, ganz ausstreicht. Sie bringt eigentlich nie die Last des Beweises auf den Gegner, da dieser in allen Fällen, wo ihn diese Last trifft, solche auch ohne Rücksicht auf jene Regel würde übernehmen müssen [13].

---

[12] A. a. O. S. 429.

[13] Dies wird sich bei der Nachlese der Gesetzstellen, welche gemeiniglich für jenen Satz als eigentliche Rechtsvermuthung angeführt werden, cap. ult. x. de

§. 10. Fortsetzung.

Eben so verhält es sich mit der gewöhnlich behaupteten Rechtsvermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Besitzes. Um in dem Besitze, worin sich Jemand befindet, geschützt zu werden, bis Andere ein besseres Recht ausführen, dazu bedarf es keiner Rechtsvermuthung. Wenn daher die Gesetze den Besitzer einer Sache, die von Andern in Anspruch genommen wird, mit Beweisen der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht belästigt, vielmehr ihn bei der freien Ausübung des Rechts, so lange als die Anmaßung des Gegners noch unerwiesen ist, gehandhabt wissen wollen, so ist das nicht sowohl die Folge einer für ihn geordneten Rechtsvermuthung, als vielmehr die natürliche und von keinem vernünftigen Gesetzgeber zu verkennende Folge des allgemeinen, und überall als Regel in Rechtsstreitigkeiten geltenden Grundsatzes, daß Niemand den Ansprüchen und Forderungen Anderer zu weichen oder nachzugeben schuldig erkannt werden könne, bis diese rechtlich begründet, und, so weit sie auf Thatsachen beruhen, gehörig bewahrheitet worden sind. Sonst

---

praesumt. L. 51. D. pro socio L. 18. §. 1. D. de probat. sehr bald wahrnehmen lassen. Die erste Stelle legt denen die Beweisführung auf, welche Jemandem die Zulässigkeit zu geistlichen Beneficien bestreiten, mithin auch das ordentliche Examen mit ihm nicht anstellen wollten; es heißt daher: eidem scholari probandi se idoneum nulla necessitas imponatur, quum prima facie praesumatur idoneus, nisi aliud in contrarium doceatur. Wollte man die Worte: quum prima facie praesumatur idoneus, so auslegen, daß alle Bedingungen des beneficii in der Person des Suchenden vermuthet würden, dieser also nichts zu beweisen hätte, so würde das zu offenbaren Widersprüchen führen, indem weder examina, noch Ahnenproben, noch so manche andere Anordnungen damit würden bestehen können. Die Worte lassen also keinen andern Sinn zu, als daß bei sonst vorausgesetzter Zulässigkeit im Ganzen das Daseyn bestimmter Hindernisse nicht vermuthet werde, sondern von dem, der dieses behaupten will, erwiesen werden müsse. — In der zweiten Stelle heißt es: Merito autem adjectum est, ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit, quia quum sine dolo malo fecit, furti non tenetur; et sane plerumque credendum est, cum, qui partis dominus est, jure potius suo re uti, quam furti consilium inire. Die Absicht, eine Sache zu veruntreuen, ist nicht zu vermuthen, wenn der, welcher sich ihrer bedient hat, andere Gründe hievon für sich anführen kann. Dies ist Alles, was sich eigentlich nur aus dieser Stelle herleiten läßt. — Die dritte sagt: Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Das bedarf nach Anleitung des bereits Gesagten keiner weitern Erklärung.

würde man überall Rechtsvermuthungen für jeden Verklagten annehmen müssen. Nach einer Verordnung Constantins [14] sollte sogar der Besitzer, obgleich er zuvörderst den Beweis des Klägers abwarten durfte, dennoch in der Folge, wenn der Kläger seinen Beweis nicht auszuführen vermöchte, den rechtlichen Erwerb der Sache darthun. Diese freilich etwas sonderbare Verordnung ist in Justinians Gesetzsammlung nicht mit übergegangen, jedoch wird hier in einer andern Vorschrift als rechtlich anerkannt, daß der Besitzer die nähere Angabe und Beibringung des Erwerbes, wodurch die Sache auf ihn gekommen sey, nicht ablehnen dürfe, wenn bereits einiger Verdacht der ungebührlichen Anmaßung fremden Guts gegen ihn vorhanden ist, oder auch sonst besondere Gründe für den Gegner eintreten [15]. Ueberhaupt leidet die Regel, daß der Besitzer nicht schuldig sey, den Rechtsgrund anzugeben, noch weniger darzuthun, woher er die Sache habe, bekanntlich manche Einschränkungen, welche theils die Billigkeit, zur gehörigen Bestimmung der gegen ihn anzustellenden Klage [16], theils die Beschaffenheit der Anmaßung in Beziehung auf deren rechtliche Möglichkeit mit sich bringt [17]. Um

---

[14] L. 1. Theod. C. de fide test. et instrument. (XI, 39.) „Etsi veteris juris definitio et retro principum rescripta in judicio petitori ejus rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et justitia moti, ut si quando talis emerserit causa, in primordio juxta regulam juris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat: sed si deficiat pars ejus in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat, vel quo jure teneat.“ — „*Jac. Gothofredus* sucht in seinem Commentar über dieses Gesetz (IV, 333.) die Verordnung nach gewissen besondern Fällen, worauf sie sich bezogen hätte, zu rechtfertigen, was aber freilich der Ausdruck nicht zu erkennen giebt.

[15] L. 5. C. de furtis. „Civile est quod adversarius tuus exigit: ut rei quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem; nam a transeunte et ignoto te emisse, dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.“

[16] L. 11. C. de petit. hered. „Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat.“

[17] 3. B. Wenn von Hoheitsrechten die Rede ist. — In Privatsachen kann L. 16. D. de probat. zur nähern Erläuterung dienen: Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas; sive ipsis ea praedia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus, vos, coheredes constituti patris, petitis ut intentionem vestram non constitisse detegant: unde domini

die Publicianische Klage gegen einen andern, obgleich dieser ohne allen zureichenden Rechtsgrund sich der Sache anmaßt, mit Erfolg anzustellen, genügt der gehabte Besitz als solcher nicht, und die vermeinte Rechtsvermuthung wird nicht geachtet, sondern der Kläger muß zeigen, daß er mittelst gehörigen Rechtstitels die Sache an sich gebracht habe [18]. Man sieht aus diesem Allem deutlich genug, wie wenig es mit der berühmten Vermuthung für den Besitzer auf sich habe [19].

Hat ein Vormund Gelder des Pupillen zinsenlos stehen lassen, so kommt es darauf an, ob er sichere Gelegenheit, die Gelder unterzubringen versäumt habe. Anstatt nun zu behaupten, es werde vermuthet, daß der Vormund keine solche Gelegenheit gehabt habe [20], wäre es doch wohl unstreitig richtiger, wenn man sagte, es lasse sich in zweifelhaften Fällen nicht vermuthen, daß dergleichen vorhanden gewesen und vom Vormunde außer Acht gelassen sey. Gesetze für jene Vermuthung giebt es nicht [21] und Gründe, um den Mangel einer Veranlassung zum sichern Unterbringen des Geldes im Allgemeinen als wahrscheinlich anzunehmen, eben so wenig.

Wenn gesagt wird, daß der Richter in zweifelhaften Fällen eher für den Verklagten, als gegen ihn zu entscheiden habe, so ist das freilich im Ganzen und der Regel nach richtig. Aber muß dies der Richter etwa darum, weil allemal zu vermuthen ist, daß der

---

facti sunt emergente quaestione docere compelluntur. Nach den Voraussetzungen dieser Constitution schützt also der bloße Besitz der Sachen, von denen so viel ausgemacht war, daß sie ursprünglich zum väterlichen Vermögen gehört hatten, die emancipirten Kinder noch nicht, um sie von dem Beweise des rechtlichen Erwerbes zu befreien.

[18] L. 3. §. 1. D. de Publ. in rem act. „Qui justam causam traditionis habet, utitur Publiciana.“ add. L. 13. ibid.

[19] F. C. von Savigny Recht des Besitzes. §. 3. n. 4.

[20] *J. A. Hellfeld* jurisprud. forens. §. 1334.

[21] L. 13. §. 1. D. de administrat. et peric. tutor. „Non est audiendus tutor, quum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.“ Durch das Letztere ist die Thatsache, welche nicht vermuthet wird, und daher gegen den Vormund erwiesen werden muß, daß er nämlich vortheilhafte Gelegenheiten für den Pupillen nicht benutzt habe, außer Zweifel gesetzt. Für die übrigen Fälle nun, wo dies nicht so ausgemacht ist, wird der Vormund von den Rechtsgelehrten durch das beliebte Argument a contrario mit einer Rechtsvermuthung bedient, deren es doch eigentlich zu seinem Zwecke gar nicht bedürfte.

Verklagte Recht und der Kläger Unrecht habe? das möchte ich doch nicht behaupten. Vielmehr dürfte, wenn es doch einmal darauf ankäme, zu bestimmen, was zu vermuthen sey, eher angenommen werden können, daß Jemand sich gerechten Ansprüchen widersetze, als daß er ungerechte Forderungen mache, da das Klagen doch mehr als das Antworten auf Ansprüche Anderer von unserer Willkühr abhängt. Was den Verklagten zu seinem Vortheile vom Kläger unterscheidet, ist keinesweges als besondere Begünstigung der Gesetze anzusehen, denn warum sollten diese eine Partei mehr, als die andere in Schutz nehmen? — sondern es folgt schon von selbst aus der Natur der Sache, daß Niemand Ansprüchen und Forderungen Anderer eher nachgeben dürfe, als bis diese gehörig begründet worden sind [22].

Schneider hat in seiner Schrift vom Beweise §. 25—37. eine Menge rechtlicher Vermuthungen angenommen, die sich als solche durch bestimmte Vorschriften der Gesetze nicht bestätigen, und statt deren es durchgängig aus vorhin angeführten Gründen richtiger seyn würde, es umgekehrt bei der verneinenden Form bewenden zu lassen.

§. 11. Ueber den Beweis des Gegentheils einer Rechtsvermuthung.

Der Beweis des Gegentheils, den die Rechtsvermuthung allemal zuläßt, kann nie die Unrichtigkeit derselben in thesi, sondern immer nur das Unzutreffende der gesetzlichen Voraussetzung in hypothesi d. i. die Wirklichkeit der entgegenstehenden Thatsache betreffen. Durch das Erstere würde man sich über das Gesetz hinwegsetzen, welches weder Richtern, noch Parteien freisteht. Indem aber die Gesetze hier überhaupt den Beweis des Gegentheils freilassen, haben sie diesen auch nicht mehr eingeschränkt, als in andern Fällen, sondern dem Beweisführer natürlich jedes Mittel, und jede rechtliche Anordnung freigestellt, wodurch sonst Thatsachen vor Gericht in Gewißheit gesetzt werden. Es würde daher in Fällen, wo die Gesetze eine gewisse Absicht bei einer Handlung, einen gewissen Sinn zweifelhafter Ausdrücke vermuthet haben wollten, sehr ungerecht seyn, wenn man den Beweis des Gegentheils nur auf ausdrückliche

---

[22] Schmidt Lehrb. v. gerichtlichen Klagen u. s. w. §. 21. u. das. angef. DD. besonders *C. G. Winkler* impugnatio studii partium hinc inde in foro male recepti; Opuscul. min. II, 1, 9.

Erklärung einer andern Absicht, oder eines andern Sinnes einschränken, und den Folgerungen, welche die besondern Umstände und der nähere Zusammenhang der Sache darbieten, nicht eben die Beweiskraft zugestehen wollte, die ihnen sonst bei Erklärung des zweifelhaften Sinnes einer Verfügung nicht zu versagen ist. Diese besondern Umstände und Eigenheiten des vorkommenden Falls können allerdings das Gegentheil der gesetzlichen Vermuthung deutlich ergeben, wenigstens so viel bewirken, daß der Richter auf die eidliche Bewahrheitung desselben erkennen kann [23]. Mit einem Worte: die gemeine Vermuthung muß in thesi freilich der praesumtio juris nachstehen; aber sie kann doch in hypothesi beim Beweise des Gegentheils allerdings mit in Betrachtung kommen, wenn sich besondere Umstände ergeben, die das im Allgemeinen bei der Sanction der Rechtsvermuthung zum Grunde gelegte Verhältniß so verändert darstellen, daß in dem vorkommenden Falle die Folge des Gegentheils dadurch unterstützt wird. Wenn das Gesetz aus der Einwilligung des Gläubigers in die weitere Verpfändung der Sache als rechtliche Vermuthung den Schluß erlaubt, daß jener sich seines Pfandrechts begeben habe [24], so ist damit noch nicht verordnet, daß der Richter nur in Fällen eines ausdrücklichen Vorbehalts das Gegentheil annehmen, und sonst auf Umstände, welche dies als wahrscheinliche Absicht der Parteien darstellen, mithin eine gemeine Vermuthung dafür an die Hand geben, gar nicht achten solle [25]. Nur das darf er sich nicht erlauben, daß er geradezu als Regel den Satz umkehren und auch da, wo dergleichen besondere Verhältnisse nicht beigebracht worden, dennoch bei dem facto an sich betrachtet das Gegentheil vermöge seiner Beurtheilung als wahrscheinlich annehmen und geltend machen, oder dies doch auf solche Umstände und Verhältnisse gründen sollte, die das gesetzlich Vorausgesetzte nicht ändern, unter der Vorschrift also mit begriffen sind, und die also,

---

[23] *J. H. Böhmer* de collis. praesumt. Cap. 2. §. 13.

[24] L. 12. pr. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv. „Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri.“ S. auch *Cocceji* jur. controv. tit. cit. qu. 8.

[25] Vielmehr heißt es in L. 12. §. 4. D. Qui pot. in pign. „Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, quum prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.“

wenn darauf Rücksicht zu nehmen wäre, die ganze Anordnung des Gesetzes, als allgemeine Rechtsvermuthung betrachtet, wieder umwerfen würden. Strube [26] erzählt folgenden Rechtsfall: „Christoph Möllers Ehefrau kam im siebenten Monate mit einem Kinde nieder, welches so vollständig war, daß man nach der Bademutter Zeugniß, viele Kinder von neun Monaten findet, welche nicht so stark sind. Die Mutter gestand auch, daß nicht ihr Ehemann, sondern Conrad Brauns, dessen Vater sey, und dieser stellte in keine Abrede, mit der Möllerin vor ihrer Heirath sich fleischlich vermischt zu haben. Er wollte jedoch behaupten, das Kind könne sowohl von Möllern als von ihm gezeugt seyn. Jener forderte von diesem dessen Alimentationskosten, und das Amt Lauenstein erkannte am 11ten November 1772: daß, wenn gleich Verklagter den mit des Klägers Ehefrau vor ihrer Verheirathung gepflogenen Beischlaf abzuleugnen nicht vermöchte, dennoch das von ihr zur Welt gebrachte Kind, weil solches nach der vom Verklagten geschehenen und vom Kläger nicht abgeleugneten Angabe, nach der in den Gesetzen angenommenen Zeit, nämlich von des Klägers und dessen Ehefrauen gehaltenen Verlobung, und der zugleich geschehenen fleischlichen Vermischung an zu rechnen, geboren worden, solchem auch das Geständniß der Mutter zu keinem Präjudiz gereichen könne, Einwendens ohngehindert, pro legitimo zu achten, und Verklagter daher von der angestelleten Alimentationsklage lediglich zu entbinden sey.“ Die Justizkanzlei, an welche Möller appellirte, änderte diese Entscheidung ab, und erkannte den Verklagten schuldig das Kind zu ernähren, weil die erfahrensten Aerzte behaupteten, daß ein schon im siebenten Monate nach Vollziehung der Ehe gebornes vollständiges Kind nicht ehelich seyn könne. — Allein hierauf kann nach der bestimmten Vorschrift L. 12. D. de statu hominum [27] nicht geachtet werden, dessen nicht zu gedenken, daß es äußerst schwierig seyn wird zu bestimmen, ob das Kind dergleichen vollständige Leibesbeschaffenheit habe. Die Aussagen der Hebammen und der Aerzte, wie sie häufig vorkommen, kann man in diesem, für die Rechte des Kindes so wichtigen Punkt, nicht als hinreichend annehmen, um darauf die Entscheidung

---

[26] Rechtl. Bed. V. 86. vergl. auch *Müller* ad *Leyser*. Tom. I. observ. 80.

[27] Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.

zu gründen, da die Sache einmal gesetzlich bestimmt ist [28]. Zwar kamen in dem erwähnten Falle auch noch die Geständnisse der Mutter, und des Verklagten hinzu. Allein bekannten Rechten nach sind diese zum Nachtheil eines Dritten, also hier des Kindes, nicht wirksam [29]. Der Beweis des Gegentheils, den L. 12. D. de statu hominum zuläßt, muß auf den nicht Statt gefundenen ehelichen Umgang der beiden Eheleute gerichtet werden [30]. Diesem allen zur Folge war in erster Instanz unstreitig richtiger erkannt worden.

§. 12. Ueber die Collision der Vermuthungen.

Noch ist überhaupt einiges über die Collision der Vermuthungen zu sagen übrig.

Bei der Menge von Rechtsvermuthungen, welche nach und nach theils ganz willkührlich, theils aus unrichtiger Deutung der Gesetze angenommen wurden, konnte es wohl an Fällen, wo solche auf beiden Seiten dem Richter in den Weg traten, nicht fehlen,

---

[28] *Leyser* medit. ad Pandect. XV, 2. (v. Hymmen) Beiträge zur jurist. Litterat. in den Preuß. Staaten. III, 34. Klein Annalen der Gesetzg. VII, 107.

[29] Argum. L. 11. §. 9. D. ad Leg. Jul. de adulter. „Nam non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.“ L. 29. §. 1. D. de probat. „Mulier gravida repudiata filium enixa absente marito ut spurium in actis professa est. Quaesitum est, an is in potestate patris sit, et matre intestata mortua jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit professio a matre irata facta? Respondit, veritati locum superfore.“ — Auch ist hier das Argument a contrario, welches *H. G. Bauer* responsor. I. 43. 181. aus den Worten a matre irata hernimmt, sehr trügend. Die Sache ist hierauf keinesweges einzuschränken. Das Geständniß der Mutter sie mag es im Zorne, oder bei ruhigem Gemüthe abgelegt haben, kann dem Kinde hier nie zum Nachtheile gereichen. Der Zustand, dessen das Gesetz besonders erwähnt, giebt freilich für den vorkommenden Fall noch einen besondern Grund mehr an die Hand; damit ist aber nicht gesagt, daß nicht auch in andern Verhältnissen eben das Rechtens seyn solle, worauf man überhaupt im Gebrauche des erwähnten Arguments bei der Erklärung des Römischen Rechts um so mehr zu achten hat, je häufiger in den Entscheidungen der Pandekten und des Codex gerade nur der Gesichtspunkt besonders ausgezeichnet wird, welcher für den eben zur Frage stehenden Fall die Stelle aller übrigen Entscheidungsgründe vertreten kann.

[30] L. 6. D. de his qui sui vel al. jur. sunt. S. Note 2.

und die mit Präsumtionen aller Art überfüllte Rechtstheorie hatte auf der andern Seite bei der Frage: Wem die Beweisführung aufzulegen sey, auch für die Collisionsfälle zu sorgen [31].

Nach richtigen Begriffen sollte indeß doch von einer Collision hier nur dann die Rede seyn, wenn beide streitende Theile gegenseitig Vermuthungen für sich hätten, die nicht neben einander bestehen könnten, indem daher eine der andern weichen oder auch beide ihre Wirkung verlieren müßten.

Wird die Sache hiernach gehörig geprüft, so dürfte es kaum der Mühe werth seyn, besondere Grundsätze darüber festzusetzen, da die ganze Lehre genau betrachtet in ihren Voraussetzungen eigentlich keine Realität hat. J. H. Böhmer geht zuvörderst auf die Veranlassung der einander entgegenstehenden Präsumtionen zurück, findet solche theils in den Ausnahmen von einer allgemeinen gesetzlichen Anordnung, theils in den verschiedenen Graden der Wahrscheinlichkeit, theils in der Mannigfaltigkeit der faktischen Umstände, und giebt darauf 1. als allgemeine Regel für alle Collisionsfälle den Grundsatz an: „die schwächere Vermuthung muß der stärkern weichen." Zur nähern Bestimmung dieses gegenseitigen Verhältnisses aber werden nach den verschiedenen Gründen, woraus die Collision entsteht, noch die Regeln hinzugefügt, daß 2. die allgemeinere Vermuthung der besondern nachstehen, 3. unter mehrern speciellen Rechtsvermuthungen aber die dringendere (violenta) der minder dringenden, so wie 4. unter mehrern gemeinen Vermuthungen die wahrscheinlichere nach Beurtheilung des Richters den übrigen vorgehe. Die Beispiele, womit alles dieses erläutert wird, zeigen aber deutlich genug, wie man eigentlich mit der ganzen Lehre daran sey. Denn in der That ist, was besonders die Rechtsvermuthungen anbetrifft, welche die erwähnte Schrift zahlreich anführt, auch kein einziger wahrer Collisionsfall darin anzutreffen. Alles geht darauf hinaus, daß es auch hier Ausnahmen von allgemeinen Regeln giebt, und daß Vermuthungen, welche für einen gewissen Satz eintreten, so lange keine besondere Umstände das Gegentheil mit sich bringen, natürlich wegfallen müssen, sobald dergleichen besondere Umstände und mit ihnen entgegengesetzte Präsumtionen vorkommen. Weder

---

[31] *J. H. Böhmer* cit. Diss. de collisione praesumtionum. Exercit. ad Pand. Tom. IV.

das Eine noch das Andere kann aber dem eigentlichen Begriff einer Collision untergeordnet werden. Noch weniger aber kann von dieser die Rede seyn, wenn sogar die Rechtssätze, die man hier zur Erläuterung aufgeführt findet, wo nicht auf beiden, doch wenigstens auf einer Seite gar nicht zu den Rechtsvermuthungen gehören. Das auffallendste Beispiel hievon ist wohl unstreitig, daß es unter andern zu den Collisionsfällen gerechnet wird, wenn ein Theil sich auf den Grundsatz: mutatio testamenti non praesumitur beruft, der andere aber dagegen beibringt, daß das von Jemand gemachte Testament zerschnitten, folglich daraus die Willensänderung des Testators zu vermuthen sey [32]. Jenes sagt ja nur aus, was an sich, wie jedes Faktum, nicht vermuthet werde, dieses hingegen bringt eine bestimmte Vermuthung für Etwas bei. Wo ist also hier eine Collision zweier entgegenstehenden Vermuthungen auch nur denkbar! Wenn ferner die berühmten Grundsätze: quilibet praesumitur bonus; semel malus semper malus in eodem delicti genere etc., imgleichen die Vermuthungen für die Freiheit, und für den Besitz, mit den vielen Abweichungen, welche davon Statt finden, verglichen und eben so viele Collisionsfälle der Vermuthungen daraus hergenommen werden, so beziehe ich mich auf das, was im Vorhergehenden gegen alle diese vermeinten Rechtsvermuthungen bereits erinnert worden ist; und finde nicht nöthig, darüber noch weiter etwas hinzuzufügen.

Unter mehreren Rechtsvermuthungen, so weit sich diese wirklich behaupten lassen, dürfte nicht leicht der Fall einer wahren Collision anzutreffen seyn. Daß aber die gemeine Präsumtion in thesi der rechtlichen weichen müsse, wenn sie gleich in hypothesi zum Beweise des Gegentheils mitwirken kann, ist schon oben (S. 103.) vorgekommen. Da übrigens bei diesen gemeinen Vermuthungen Alles der Beurtheilung des Richters überlassen ist, so versteht es sich von selbst, daß für die Fälle, da beide streitende Theile sich gegenseitig auf Wahrscheinlichkeiten zu berufen wissen, keine andere Regel anzugeben sey, als daß der Richter den Umständen nach zu prüfen habe, was eigentlich als das Wahrscheinlichere anzunehmen, und diesem gemäß zu erkennen sey.

---

[32] *Böhmer* c. l. cap. 2. §. 11.

VI.

Wer muß beweisen?

1.

Angabe einer allgemeinen Regel, und deren Begründung überhaupt.

Die bisherigen Aufsätze haben sich mit der Frage: Was vor Gericht zu beweisen sey? beschäftigt. Ist nun eine streitende Thatsache nach der Behauptung der einen oder der andern Partei in rechtliche Gewißheit zu setzen, so entsteht eine andere nicht minder wichtige, und in manchen Fällen nicht weniger schwierige Frage: Wer von beiden Theilen die Last des Beweises übernehmen müsse? Wenn die Rechtsgelehrten hierüber im Allgemeinen sehr uneinig sind, so können die Controversen in einzelnen Rechtsmaterien noch weniger befremden. *)

§. 1. Regel und deren Rechtfertigung.

Nach einer genauen und sorgfältigen Prüfung der Sache von allen Seiten, welche dabei in Erwägung kommen, wird sich folgender Grundsatz hier als Regel behaupten lassen: Wer ein Recht oder

*) Die neuern Schriften über diesen Gegenstand, seit Weber, sind, außer den noch bei einzelnen Punkten anzuführenden, vorzüglich: Nep. Borst über die Beweislast im Civil=Prozeß. Leipzig. 1816. 1824. C. C. Collmann Grundl. einer Theorie des Beweises im Civil=Prozeß. Braunschweig. 1822. B. Hollweg Versuche über einz. Theile des Civil=Pr. Berl. 1827. No. V. S. 319. f. Rizy, die Verbindlichkeit zur Beweisführung. Wien 1841.

eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt, zu beweisen. — Diese Regel ist nach allgemeinen Rechtsgründen so einleuchtend wahr, in so manchen Vorschriften unserer Gesetze bestätigt, und als Regel betrachtet für die angekündigte Frage so erschöpfend, daß sie in jedem Rechtsstreite entscheiden muß, wenn nicht besondere gesetzliche Vorschriften für bestimmte Fälle eine Ausnahme mit sich bringen. Nicht füglich dürfte irgend ein anderer Grundsatz den Forderungen, welche die Rechtstheorie hier zu erfüllen hat, besser und mehr genügen.

Wenn die Regel nicht allein denen die Verbindlichkeit zur Beweisführung auflegt, welche Rechte, sondern auch denen, die eine Befreiung geltend zu machen suchen, so kann und soll dies Letztere hier eigentlich nur von solchen Anträgen gesagt seyn, wodurch Jemand den im Allgemeinen oder nach gewissen Verhältnissen schon begründeten Rechten eines Andern, oder doch auf den Fall, daß sie sich begründen ließen, besondere Ursachen ihrer Aufhebung, Unwirksamkeit, oder Einschränkung entgegensetzt. Das bloße Bestreiten fremder Anmaßungen durch Ableugnung ihres faktischen Grundes ist also mit keinem von Beiden zu vermischen. Wer den Behauptungen seines Gegners bloß widerspricht, sucht durch diesen Widerspruch zunächst und an sich betrachtet nicht sowohl Rechte oder Befreiungen im eigentlichen Sinne des Ausdrucks für sich zu begründen, als vielmehr nur die Anmaßung des Gegners abzulehnen. Er setzt den Grund dieser Anmaßung, in sofern er faktisch, und sonst noch nicht ausgemacht ist, in Ungewißheit, welche zu heben nicht ihm, sondern dem obliegt, dessen Anträge von der rechtlichen Gewißheit bestimmter Thatsachen abhängen.

Einer weitern Worterklärung bedarf die angeführte Regel nicht, da das Uebrige keiner Mißdeutung des Ausdrucks unterworfen ist.

§. 2. Fortsetzung.

Ueberhaupt versteht es sich wohl von selbst, daß ein Jeder, dem es darum zu thun ist, unter dem Schutze der richterlichen Gewalt im Staate Etwas zu erlangen, den Gerichten Wahrheiten vorbringen, folglich, wenn diese noch nicht ausgemacht sind, den Beweis übernehmen müsse. Und wenn unsere Gesetze, wie ein Jeder weiß,

dem Kläger den Beweis eines faktischen Klagegrundes, und dem Verklagten den Beweis seiner Einreden zur Pflicht machen [1a], was ist das anders, als die unverkennbarste Bestätigung unserer Regel. Mehr ist also im Allgemeinen zu ihrer Begründung hier zu sagen nicht nöthig. Daß sie auch sonst noch in einer Menge gesetzlicher Entscheidungen immer anerkannt sey, wird die Folge weiter zeigen. Aber eine nähere Erläuterung ihrer einzelnen Bestimmungen ist allerdings noch erforderlich, um eine vollständige Theorie daraus herzuleiten. Dieser genauern Entwickelung der Sache lassen wir jedoch erst eine Prüfung anderer Grundsätze vorangehen, welche mehr und weniger in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, zum Theil auf einer unrichtigen Auslegung der Gesetze beruhen, und zum Theil noch sonst einige Berichtigung erfordern dürften, wenn sie als eigentliche Regeln für die Frage, worauf es hier ankommt, gelten sollen.

2.

Vergleichung mit einigen anderen Grundsätzen.

§. 3. Neuere Schriftsteller.

Fast in jedem Lehrbuche des bürgerlichen Rechts überhaupt, und der Prozeßtheorie besonders, so wie auch in einzelnen Abhandlungen kommt die Beantwortung der Frage: Wer den Beweis zu führen habe? in veränderter Form vor. Die älteren Rechtsgelehrten waren weniger bemüht, die Sache auf einen Hauptgrundsatz zurückzubringen; sie gaben gewöhnlich mehrere Regeln neben einander an, und suchten durch deren nähere Bestimmung, mit hinzugefügten Limitationen und Ausnahmen, das Ganze zu erschöpfen, wie man es in den größeren Werken von Mascard und Pacianus, auch deren Vorgängern und Nachfolgern antrifft. Vorzüglich waren es die beiden Sätze: Der Kläger muß beweisen, nicht der Verklagte, und: Dem Bejahenden, nicht aber dem Verneinenden liegt der Beweis ob;

[1a] L. 19. pr. D. de probat. „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, *velut intentionem* implere; ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.“

denen man jedoch bisweilen noch andere Regeln beifügte, in deren Verbindung man die Sache am besten und vollständigsten darzustellen glaubte [1b].

An Einwürfen gegen die Richtigkeit bald dieser bald jener Regel fehlte es aber auch nicht, und die Frage: Wer beweisen müsse? ward nach und nach eine der streitigsten in der Rechtstheorie [1c]. Die neueren Rechtsgelehrten nähern sich zwar größten Theils in der Sache selbst dem Grundsatze, welchen wir oben vorgetragen haben, und weichen unter sich meistens nur in der Fassung des Ausdrucks von einander ab. Indeß scheint es doch, daß man gewisse Hauptpunkte dabei nicht gehörig beachtet habe. Es wird daher nicht undienlich seyn, diese neueren Vorstellungen hier gleich anzuschließen, und zur bequemeren Uebersicht und Vergleichung einige der vorzüglichsten Schriften hierüber wörtlich anzuführen. Demnächst aber wird auch noch von einigen älteren Grundsätzen, die ebenfalls noch jetzt ihre Vertheidiger finden, etwas ausführlich zu reden seyn.

Von Tevenar [2] sagt: „Derjenige, welcher behauptet, daß sich eine Naturbegebenheit zugetragen habe, die Rechte zuwege bringt; daß eine einseitige Handlung vorgenommen, ein Vertrag geschlossen worden sey; daß eine Gewohnheit die Streitigkeit entscheide; eine Person oder Sache sich in einem ungewöhnlichen Verhältnisse, oder Verbindung befinde: — muß diese Sätze, wenn er daraus Rechte oder Verbindlichkeiten herleiten will, erweisen; es sey denn, daß das Vorgeben ganz oder zum Theil von einem solchen Grade der Wahrscheinlichkeit unterstützt wird, den die Gesetze, bis das Gegentheil erwiesen worden, für Wahrheit annehmen, oder daß der Satz zu den unerweislichen Sätzen [3] gehöret. Ich glaube nicht, daß eine zuverlässigere allgemeine Regel, wer den Beweis übernehmen müsse,

---

[1b] *Joseph. Mascard.* de probationibus Vol. I. quaest. 17. *Fulvii Paciani* Tractat. Cui incumbat onus probandi Lib. I. c. 6.

[1c] Dies zeigen die Commentare und Lehrbücher des Civilrechts und der Prozeßtheorie hinlänglich. Vergl. *Cocceji* jus controv. tit. de probat. Joh. Just. Schierschmid allgem. Regel, wer von den streitenden Parteien bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen. Erlangen, 1754. 4. *Eine kurze Uebersicht der Dogmengeschichte s. bei B. Hollweg a. a. O. S. 325. ff.

[2] Theorie der Bew. im Civilproz. S. 26.

[3] D. h. nach S. 16. ibid. die auf ausgemachten Wahrheiten beruhen, davon die Wahrheit offenbar zu Tage liegt, und daher vermuthet wird, wohin z. B. Rechtsvermuthungen gehören.

als die jetzt vorgetragen worden, gegeben werden könne." — Nach Martin [4] liegt die Beweislast stets demjenigen streitenden Theile ob, welcher eine solche Thatsache als Grund seiner Ansprüche oder Vertheidigung behauptet, deren Beweis zu verlangen ist. — Von Metzger [5] bestimmt die Sache so: „onus probandi igitur illi incumbit, qui allegat factum decisioni causae inserviens, ex quo jus sibi competere intendit, quod haud notorium, sed dubium et controversum est. Ille vero ab hoc onere est immunis, qui non nititur facto dubio et controverso, sed notorio, aut ex confessione liquido, aut tali, pro quo facit praesumtio qualificata, vel fortior debiliorem vincens, ex legis dispositione vel ipsa rei natura derivanda. Quoad reliqua perinde est, sive actor sive reus illud allegaverit, sive sit factum negativum sive affirmativum, sive probatio sit facilis sive difficilis." — Grolman [6] stellt die Sache in dieser Form vor: „Es kann nicht bezweifelt werden, daß Thatsachen und Begebenheiten, deren Existenz nicht nothwendige Folge einer unumstößlichen Wahrheit ist, Eigenschaften einer Sache und Verhältnisse, welche nicht aus der natürlichen Beschaffenheit desjenigen fließen, in Ansehung dessen sie behauptet werden, nur dann als wahr und richtig betrachtet werden können, wenn Gründe angeführt werden, aus welchen ohne Zwang die Ueberzeugung von dieser Wahrheit und Richtigkeit hervorgeht. Es wird daher als durchaus erschöpfende Regel betrachtet werden können, daß die Verbindlichkeit, zu beweisen, demjenigen obliege, der sein anzuerkennendes Recht, sey es nun ausschließend oder zum Theil, auf die Existenz solcher Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnisse gegründet." — Gönner [7] erklärt sich dahin: „Wer immer ein Recht in Anspruch nimmt, welches nur unter Voraussetzung eines faktischen Umstandes vom Richter anerkannt werden kann, der muß alle nachtheiligen Folgen tragen, wenn die Bedingungen, unter welchen allein sein Recht realisirt werden kann, nicht erfüllt werden. Widerspricht also ein streitender Theil

---

[4] Lehrb. des Deutsch. gem. bürgerl. Proz. *nach den frühesten Ausgaben, wogegen die späteren sich anders ausdrücken.

[5] Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altd. Noric. 1800. §. 5.

[6] Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 80., worüber jedoch schon Schneider vom Beweise S. 414. zu vergleichen ist.

[7] Handb. des Proz. II, 37, §. 16.

demjenigen, was sein Gegner an Thatumständen vorbrachte, so muß dieser dem Richter Gründe vorlegen, nach welchen er den Umstand, von dessen Wahrheit sein Recht abhängt, für wahr annehmen kann, das heißt, er muß beweisen. Will man nun bloß das faktische Vorbringen eines streitenden Theils Behauptung (affirmatio, assertio) nennen, so steht die Regel aufrecht, daß jeder Theil seine Behauptungen, von welchen die Anerkennung seines Rechts abhängt, beweisen müsse; nur machen diejenigen Gründe der Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze zur Interimswahrheit erhoben haben, (praesumtiones), hiervon eine Ausnahme." — Pfeiffer [8] sagt: „Wer sich auf den Erwerb eines Rechts gründet, muß diesen beweisen, so wie hingegen dem, welcher die Unwirksamkeit eines erworbenen Rechts behauptet, auch davon der Beweis obliegt." — Eine von den bisherigen etwas mehr abweichende Regel giebt Specht [9] in folgenden Ausdrücken: Asserenti contra praesumtionem incumbit probatio; womit im Ganzen auch Schneiders Theorie [10] übereinstimmt, da sie durchgängig darauf hindeutet, die Verbindlichkeit zur Beweisführung eines Satzes allemal als Folge einer für das Gegentheil Statt findenden Vermuthung darzustellen, und nur darin ihr Eigenthümliches hat, daß sie diesen Punkt durch die bejahenden und verneinenden Thatsätze näher zu bestimmen sucht. Was das Letztere betrifft, so wird davon in dem folgenden Abschnitte näher zu reden seyn. Daß aber die Verbindlichkeit, zu beweisen, nicht immer eine Vermuthung für das Gegentheil voraussetze, daß vielmehr z. B. die Schließung eines Contrakts bewiesen werden müsse, weil sie nicht vermuthet wird, keinesweges aber, weil die Nichtschließung desselben vermuthet wird, ist im Vorhergehenden (V, §. 8. u. f) schon deutlich gezeigt worden.

§. 4. Fortsetzung.

Genau betrachtet sind aber auch die übrigen Vorstellungsarten, wenn es darauf ankommt, eine ganz allgemeine Regel für die Verbindlichkeit zur Beweisführung zu bestimmen, hauptsächlich in fol-

---

[8] Vermischte Aufsätze über Gegenstände des Deutsch. und Röm. Privatrechts. Marburg 1803. III, 3. (S. 116.)

[9] Diss. de insufficientia regulae: affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituenda. Hal. 1787.

[10] Vom rechtl. Beweise. §. 23.

genden Rücksichten nicht ganz zutreffend; sofern nämlich 1. in einigen derselben bloß von Rechten, worauf Jemand einen Anspruch macht, 2. bloß von dem, was eine Partei für sich behauptet, die Rede ist; und 3. die nähere Bestimmung, welche der Zweck des Vorbringens an die Hand giebt, dabei außer Acht gelassen wird. Denn 1. muß unstreitig auch der die Beweisführung übernehmen, welcher nicht sowohl Rechte verfolgt, als vielmehr den Rechten Anderer eine gewisse Befreiung entgegensetzt. Martin redet zwar auch von dem, der eine Thatsache als Grund seiner Vertheidigung behauptet. Allein dieser Ausdruck würde zu weit führen, und auch dem, der bloß leugnet, den Beweis aufbürden. Denn auch dieser behauptet allerdings für sich eine Thatsache, indem er das Gegentheil von dem aussagt, was ein Anderer vorgebracht hat. 2. Nur darauf kommt es an, ob das Recht oder die Befreiung, welche gerichtlich verfolgt wird, sich auf gewisse Thatsachen gründet, nicht ob Jemand gerade diese Thatsache wirklich für sich angeführt hat. Die sogenannte exceptio non impleti contractus bringt den Beweis auf den Kläger, wenn er gleich der seiner Seits geschehenen Erfüllung des Contrakts gar nicht erwähnt hat. Mehr davon wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unserer Regel vorkommen. 3. Die Parteien können Vieles in rechtlicher Beziehung gegen einander vorbringen, aber die Verbindlichkeit, das Vorgebrachte in facto durch förmlichen Beweis zu bewahrheiten, kann nur denjenigen treffen, der gerade jetzt, da ihm der Beweis auferlegt werden soll, das Recht oder die Befreiung wirklich schon geltend machen will. Die Gegenbehauptungen, wodurch der Verklagte den Anspruch des Klägers, oder wodurch dieser die Einreden des Ersteren abzulehnen sucht, sind, ob sie gleich Thatsachen betreffen, und vom Gegner bestritten werden, darum doch nicht sogleich beweisen, da sie häufig nur auf den Fall vorgeschützt werden, wenn der Gegner erst seiner Seits eine gewisse Anmaßung in facto gehörig begründet haben würde, folglich kann auch erst dann, wenn diese Bedingung in Erfüllung getreten ist, von dem rechtlich nothwendigen Beweise solcher Gegenbehauptungen die Rede seyn. Auch dieses wird sich freilich weiterhin noch deutlicher zeigen. Hier wird das Gesagte schon hinreichen, um es zweckmäßig zu finden, dem allgemeinen Grundsatze diejenige Bestimmtheit zu geben, woran im Ganzen auch Pfeiffer noch Etwas vermissen läßt, ob gleich sonst der ihm angegebene Grundsatz mehr als die Vorstellungen Anderer den bisherigen Erinnerungen zuvorkommt.

§. 5. Ob der Beweis schwer oder leicht zu führen sey, macht hier keinen Unterschied.

Wie schwer, oder wie leicht die Beweisführung sey, darauf kann bei der Frage, wovon hier die Rede ist, nichts ankommen. Die Gerichte handeln sehr unrecht, wenn sie in vorkommenden Fällen die Last des Beweises Jemandem bloß darum auflegen, weil er ihn im Ganzen wohl eher, als der Gegner zu führen im Stande seyn dürfte. Dies kann nach Verschiedenheit der Umstände leicht trügen; und eigentlich wird doch der streitende Theil, der jene Last übernehmen soll, in einen mißlicheren Zustand wegen des obwaltenden Rechtsstreits gesetzt, als er es seyn würde, wenn er den Beweis des Gegners nur erwarten dürfte. Die Frage: Wer beweisen müsse? ist unstreitig nur nach Rechtsgründen zu bestimmen, und wem diese die Beweisführung auflegen, der muß sie auch übernehmen, oder sich gefallen lassen, daß in Ansehung des streitigen Punkts gegen ihn erkannt werde. Es ist durchaus seine Sorge, ob das Thema, worauf es ankommt, überhaupt oder gar nicht, ob es leicht oder schwer, auszuführen sey. Es giebt keinen zureichenden Grund, um dem andern Theile eine Last im Prozesse aufzubürden, weil der Gegner, dem sie eigentlich zukommt, ihr nicht genügen kann. Und doch kommt in der bekannten Controverse über den Beweis einer bloßen Verneinung das Argument sehr häufig vor, daß dieser Beweis nicht möglich, oder wenigstens die entgegenstehende Bejahung weit leichter darzuthun sey. Auch der Verlust der Beweismittel, besonders der Urkunden, kann Niemanden vom Beweise befreien, wenn ihm dieser sonst den Rechten nach obliegt [11], es wäre denn, daß jener Verlust selbst von dem Gegner verschuldet seyn sollte, wobei die Gesetze bekanntlich mit Gestattung des Eides in litem zu Hülfe kommen. (VI, 46.)

---

[11] L. 23. C. de probat. „Actor, quod adseverat probare se non posse, profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit.“ L. 5. C. de fide instrum. „Sicut iniquum est, instrumentis vi ignis consumtis, debitores quantitatum debitarum renuere solutionem, ita non statim casum conquerentibus facile credendum est; intelligere itaque debetis, non existentibus instrumentis vel aliis argumentis, probari debere, fidem precibus vestris adesse. L. 13. ibid. Apud eos, qui rem gestam ignoraverunt, amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad probationem veritatis prodesse potest.“

§. 6. Ueber den Satz: Actori incumbit probatio.

Man hat auch den Grundsatz angenommen: der Kläger muß beweisen, actori incumbit probatio. Dies ist eine der ältesten Regeln, und noch in den neuesten Schriften des Civilrechts wird sie als das einzige Hauptprinzip vorgetragen. Thibaut [12] bestimmt indeß die Sache dahin: „dem Theile ist der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von rechtlichen Vermuthungen unterstützt zu seyn, die Stelle eines Klägers vertritt, er gründe sich nun auf eine bejahende oder verneinende Behauptung, also dem Kläger in Rücksicht des Grundes der Klage, dem Verklagten in Rücksicht des Grundes der Exceptionen." Freilich kann der Satz nur in dieser nähern Bestimmung verstanden werden, wenn er nicht, als allgemeine Regel betrachtet, an sich schon ganz falsch seyn soll, und am Ende haben auch die Vertheidiger jener Regel immer in dem Satze: reus excipiendo fit actor, einen erheblichen Grund gegen die sonst leicht zu machenden Einwürfe gefunden. Dennoch aber dürfte über die Sache selbst hier noch Einiges zu sagen seyn.

Das gegenseitige Verhältniß der streitenden Theile macht hier an sich gar keinen Unterschied, und giebt keinen zureichenden Grund an die Hand, um die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Allgemeinen darnach zu bestimmen. Beide, Kläger und Verklagter, können Rechte anbringen, und Befreiungen geltend machen wollen. Jener mittelst angestellter Klage und im Vortrage der Replik, dieser durch Einreden und Dupliken. Wenn hingegen der Verklagte die Thatsachen, worauf der Klagevortrag oder die Replik sich gründet, der Kläger hingegen den faktischen Grund der Einreden oder der Duplik als unwahr ableugnet, so sind beide in dem Falle bloßer Bestreitungen. Im Allgemeinen betrachtet ist also weder der Kläger noch der Verklagte schon als solcher zum Beweise verpflichtet; sondern jeder streitende Theil muß den Grund dessen, was er gegen den andern geltend zu machen sucht, also der Kläger den Klagegrund, so wie auch die Replik, der Verklagte den Grund der Einreden, und der Duplik, so weit er faktisch ist, und bestritten wird, rechtlich darthun [13]; keiner hingegen ist schuldig, wenn er es nicht

---

[12] System des Pand. R. I, 631.

[13] L. 1. C. de probat. „Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam adfirmat, ejus rei probationem praestare debet." Vgl. L. 19. D. eod.

freiwillig übernimmt, oder wenn ihm nicht Rechtsvermuthungen entgegenstehen, das Gegentheil dessen, was er bloß ableugnet, zu beweisen. Von der rechtlichen Nothwendigkeit des Beweises kann aber nur dann die Rede seyn, wenn die Entscheidung des Richters von der Führung oder Nichtführung dieses Beweises abhängt, und die Anträge einer Partei nur vermöge der von ihr zu beweisenden Thatsachen Statt finden können. In diesem Betrachte ist nun freilich das Verhältniß des Klägers und des Verklagten sehr verschieden. Auf den Grund der Klage und dessen Richtigkeit kommt es bei der Entscheidung der Sache immer an. Der Kläger kann nicht erwarten, daß der Richter für ihn erkenne, wenn jener Grund nicht in Gewißheit gesetzt ist. Er muß also den Beweis des bestrittenen Klagegrundes führen, wenn er nicht sachfällig werden will. Jede Klage setzt einen rechtlichen Anspruch, den der Kläger für sich oder zum Besten Anderer an den Verklagten zu machen hat, und worin der Berechtigte gestört wird, voraus. Das wirkliche Daseyn dieses Rechts in concreto, und die Beeinträchtigungen desselben, worüber geklagt wird, ist Thatsache, mithin eine Klage nicht ohne alles Faktum denkbar, gesetzt auch, daß das Recht oder die Verbindlichkeit an sich zu den unmittelbaren ex lege gehörte. Der Kläger ist daher als angreifender Theil, der Etwas gegen den andern geltend machen will, allemal verbunden, seinen Vortrag, so weit er faktisch ist, in rechtliche Gewißheit zu setzen, sobald der Verklagte ihn in Abrede ziehet, und wenn er auch bei der Verfolgung seines Anspruchs Rechtsvermuthungen für sich hat, so muß er doch wenigstens die Thatsachen beibringen, worauf sich diese Vermuthungen gründen. Ganz ohne allen Beweis kann er daher, wenn der Verklagte ihm nicht Alles zugesteht, nicht durchkommen, er mag übrigens diesen Beweis kurz oder weitläufig, förmlich oder mittelst einer bloßen Bescheinigung zu führen haben.

Dagegen verhält sich nun die Sache bei dem Verklagten ganz anders. Dieser kann seine Absicht erreichen, und ein günstiges Urtheil des Richters bewirken bloß darum, weil der Kläger nichts beweiset, wenn auch gar keine Einreden vorgeschützt, oder die vorgeschützten nicht bewiesen werden. Von dem Beweise, daß man von einem bestimmten Rechte befreit, daß dieses nach besondern Gründen eingeschränkt, oder aufgehoben sey, kann, aus dem Gesichtspunkte der Nothwendigkeit, nicht eher die Rede seyn, als bis das Recht oder die Verbindlichkeit, wogegen die Befreiung behauptet

wird, gehörig begründet worden ist [14]. Ob nun gleich der Kläger sich in sofern in gleichem Verhältnisse befindet, daß auch er den faktischen Grund der Replik im eigentlichen Verstande [15] nicht eher als nach seiner Seits zugestandenen oder vom Verklagten bewiesenen Einreden darzuthun hat, und daß es noch weniger dem Kläger obliegt, wenn seine Klage an sich sonst schon begründet ist, das Gegentheil von dem zu beweisen, was zur Ausführung der Einreden des Verklagten gehört [16], wenn jener nicht freiwillig solchen Beweis des Gegentheils übernehmen will [17]: so kann es doch, wie ein Jeder leicht sieht, sehr leicht seyn, daß der Verklagte in einem Rechtshandel durchaus von allem Beweise frei bleibt, wie ungewiß und bestritten auch immerhin die Thatsachen seyn mögen, die er für sich anführt: und daß gleichwohl die Sache gegen den Kläger entschieden werden muß, wenn dieser den Grund der Klage, den er immer, so weit er streitig ist, bewahrheiten muß, unerwiesen läßt. In diesem Betrachte kann man nun wohl sagen: dem Kläger liegt der Regel nach der Beweis ob, nicht dem Verklagten — actoris est probare,

---

[14] L. 9. C. de except. „Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.“ L. 19. C. de probat. „Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverat, quod adseverat, oportet.“ L. fin. C. ad Leg. Cornel. de fals. Verb.: incumbat probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam obtulerit: deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit. Einreden, die als Prozeßverhindernd vorgeschützt werden, machen freilich hievon eine Ausnahme, da sie, in sofern ihr Beweis überhaupt dem Verklagten obliegt, zu jenem Zweck sogleich liquid seyn müssen, und der Verklagte es nicht einmal zum Beweise des Klagegrundes kommen lassen will.

[15] Höpfner Comment. d. Instit. §. 1202.

[16] L. 11. D. de probat. „Non est necesse pupillo probare, fidejussores, quum accipiebantur, idoneos non fuisse; nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.“

[17] L. 13. D. de probat. Verb.: Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes, ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, (hoc est ingenuum se esse ut pronuncietur), an obtemperari ei debeat, tractari potest? Et non ab re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum, et sententiam secundum se dandam, quum nulla captio intercedat juris.

non rei — und nur in der bisher angeführten Beziehung sind die Gesetze zu erklären, welche von diesem Grundsatze ausgehen [18], und sogar das gegenseitige Verhältniß der Parteien — petitoris et possessoris sive rei partes — dadurch vorzüglich unterscheiden, daß dem Kläger ordentlicher Weise die Last des Beweises obliegt, der Verklagte hingegen als solcher davon frei zu achten sey [19]. Nicht,

---

[18] L. 21. D. de probat. „Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem, vel obligatam legare defunctum; non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. L. 8. C. eod. Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur.“ L. un. C. de prohibita sequestr. pecun. „Quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari. Quam rem non tantum juris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.“ Vergl. L. un. Theod. C. ibid. (II. 28.) ibique *Jac. Gothofred.* in comment. I, 250. etc.

[19] L. 62. D. de judiciis. „Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.“ L. 8. §. 3. D. si servit. vindicet. „Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, qui negat.“ — L. 14. D. de probat. „Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur? Et, si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse: Sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur (scilicet ejus, qui ei controversiam movet), hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: Quid enim interest, servuum suum quis, an libertum contendat?“ — L. 7. §. 5. D. de liberali caus. „Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est: ut possit judicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur: utrum ex libertate in servitutem, aut contra, agatur? Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare. Quod si pronunciatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.“ — L. 15. fin. D. de oper. novi nunciat. „Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere.“ Der Verklagte wird in Anspruch genommen, weil er dem Kläger Etwas vor=

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

als ob der Kläger nur allein, der Verklagte aber nie beweisen müßte, welches ja in keinem Wege zu behaupten ist, oder weil überhaupt in der Eigenschaft des Klägers der Grund liege, wonach das Subjekt des Beweises durchgehends zu bestimmen sey, welches eben so unrichtig seyn würde: sondern weil der rechtliche Grund, welcher überhaupt die Verbindlichkeit zur Beweisführung, so wie die Person des Verpflichteten festsetzt, auf den Kläger, als solchen, d. i. als angreifenden Theil, schon geradezu und der Regel nach immer anwendlich ist, auf den Verklagten an sich und als Verklagten betrachtet, aber nicht, sondern dann erst, wenn er gegen ein bereits gegründetes Recht Thatsachen zu seiner Befreiung, um diese dagegen geltend zu machen, vorbringt. Kurz, wenn man überhaupt erst weiß, und nach Rechtsgründen bestimmt hat, wer beweisen müsse, so ist es der Kläger, auf den dies sogleich dadurch, daß er als solcher auftritt, geradezu anwendlich ist, und bei dem es auch im gewissen Verstande nach dem, was vorhin bemerkt worden ist, immer zutrifft. Im Allgemeinen aber bleibt es bei der Regel, daß jede Partei das Fundament ihrer Anträge, wodurch sie Rechte oder Befreiungen und Ausnahmen von erweislichen Rechten Anderer geltend zu machen sucht, auch rechtlich beweisen müsse, sie sey übrigens Kläger oder Verklagter.

§. 7. Fortsetzung.

Diese Regel hat auch das Römische Gesetzbuch an mehr als einer Stelle bestätigt, indem es in einer Reihe einzelner Entscheidungen denen die Last des Beweises auflegt, welche 1. aus dem Daseyn, oder Nichtdaseyn eines gewissen Zustandes, namentlich der Verwandtschaft, Ansprüche oder besondere Befreiung herleiten [20].

---

enthält, sich Etwas anmaßt, was dieser ihm nicht zugesteht. Dies Alles wird im allgemeinen Verstande durch possessor angedeutet, und man hat es keinesweges mit von Savigny Recht des Besitzes §. 8. S. 73. auf Realklagen, und das liberale judicium einzuschränken. *In der That jedoch ist jener weitere Sprachgebrauch unerweislich.

[20] L. 1. D. de probat. „Quotiens quaereretur, genus vel gentem quis haberet, necne, eum probare oportet.“ *womit auch Nov. 16. in keinem Widerspruch steht: ut ad comprobandum genus ambae partes probationes proferant. S. *Cuiac.* Expos. Nov. ad cit. Nov. *Noch gehört hieher L. 13. C. de probat. „Non epistolis necessitudo consanguinitatis, sed nata-

2. Kindern, die von der väterlichen Gewalt frei seyn wollen [21], 3. nach Verschiedenheit des Besitzstandes bald denen, die sich auf freie Geburt berufen, bald denen, welche Jemanden als Sklaven oder Freigelassenen in Anspruch nehmen [22]; 4. denen, welche den persönlichen Zustand eines Menschen, gegen ihre bisherige Anerkennung wieder anfechten wollen [23]; 5. dem Erben, welcher im Streite

---

libus vel adoptionis solennitate conjungitur: Nec adversus absentem hereditatis dividendae gratia velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Sive itaque quasi ad Sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti, sive familiae erciscundae quasi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit. L. 14. ibid. Non nudis adseverationibus nec ementita professione (licet utrique consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solenni filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse (probare) confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege." — Das letztere Gesetz legt dem Kläger den Beweis auf, weil er sein fundamentum agendi darin setzt, daß der Kläger nicht sein Sohn sey. Die vorhergehende Stelle fordert eben so den Beweis der Verwandtschaft von dem, der sich darin gründet. *Beide letztere Stellen sprechen sich indeß über die Beweisverbindlichkeit offenbar gar nicht aus.

[21] L. 8. D. de probat. „Si filius in potestate patris esse neget, Praetor cognoscit, ut prior doceat filius: quia et pro pietate, quam patri debet praestare, hoc statuendum est; et quia se liberum esse quodammodo contendit: Ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur." *Vergl. Glück Erl. der Pand. XXI, S. 277. f.

[22] Cit. L. 8. D. de probat. L. 14. D. ibid. L. 7. §. fin. de lib. causa. (Note 19.) L. 20. D. de probat. „Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indignissime commodum possessoris consequeretur: quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuisse." *Vergl. Glück a. a. O. S. 313. f.* L. 15. C. ibid. „Vis ejus qui se dominum contendit, ad imponendum onus probandi servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo justo initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur. L. 17. C. ibid. Matrem tuam libertatem consecutam, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur questio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest."

[23] L. 15. D. de probat. „Quidam, quasi ex Seja susceptus a Gajo Seio, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invasit: et fratribus ejusdem, quasi ex mandato defuncti, fideicommissa solvit, cautionem

mit den Legatarien behauptet, daß er den Falcidischen Antheil nicht übrig habe [24]; 6. dem, der irgend einen Andern eines Dolus beschuldigt [25]; 7. demjenigen, der die rechtlichen Folgen einer interrogatio in jure facta für sich geltend machen will [26]; 8. dem, der Entschuldigungsursachen wegen Verabsäumung seiner Pflichten anführt [27]; 9. dem, der gegen eine gültige Verfügung behauptet, daß deren Urheber seinen Willen geändert habe [28]; 10. dem, der eine Zahlung indebite geleistet haben will [29]; 11. überhaupt dem, der einen Besitzer wegen der Sachen, die er sich zueignet, in Anspruch

---

accepit. Qui postea cognito, quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris possint, propter emissam manum ab eis, quasi filio agere? Modestinus respondit, cautione exsoluti fideicommissi statum ejus, qui probari potest a fratribus defuncti filius (mortui) non esse, minime confirmatum esse: sed hoc ipsum a fratribus probari debet." — Den Brüdern des Verstorbenen stand zwar nicht ganz entgegen, daß sie den Gegner einmal als Brudersohn anerkannt hatten. Aber da sie nun doch als Kläger gegen ihn auftraten, mußten sie den Beweis übernehmen. Beiläufig schon ein Beispiel einer probatio negativae, deren sich mehrere anfinden, *wiewohl eben kein sehr bedeutendes.

[24] L. 17. D. de probat. „Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere Legem Falcidiam, quod dum probare non potest, merito condemnabitur." Denn er sucht hiedurch eine theilweise Befreiung geltend zu machen.

[25] L. 18. §. 1. D. eod. „Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet." *Vergl. l. 6. eod.

[26] Cit. L. 18. §. 2. ibid. „Interrogationis factae probationem actori imponi debere, *id est, ei qui* in jure interrogatum *dixit* respondisse, se solum heredem esse; vel si tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantundem erit dicendum, impositam improbationem non ei, qui excepit se non respondisse, sed actori."

[27] L. 19. §. 1. D. ibid. „Cum quis promisisset, judicio se sisti, et Rei publicae causa afuisse dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem: probare eum id oportet. §. 2. ibid. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet objicientem exceptionem."

[28] L. 22. D. ibid. „Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere."

[29] L. 25. pr. D. ibid. Verb., eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum: et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

nehmen will [30]; 12. dem, der ein Testament als ungültig, oder den darin eingesetzten Erben als unfähig entfernen, und sich daher die gesetzliche Erbfolge zueignen [31], so auch 13. dem, der die Gültigkeit einer Emancipation anfechten will [32]; *14. dem, der Ausnahmen von einer sonst allgemeinen gesetzlichen Regel behauptet (S. oben II, Not. 1.).

§. 8. Fortsetzung.

Bei allen diesen Entscheidungen liegt immer das Princip zum Grunde, daß derjenige den Beweis führen müsse, der irgend ein Recht, was von noch ungewissen Thatsachen abhängt, oder irgend eine Befreiung von begründeten Rechten Anderer geltend machen will. Es würde zu einer ganz unrichtigen Ansicht der Sachen führen, wenn man in diesen Gesetzen eben so viele Vorschriften gewisser Rechtsvermuthungen zu finden glaubte, wie das schon in dem vorigen Aufsatze §. 8. u. f. näher bemerkt worden ist. Immer wird vielmehr die Untersuchung darauf geleitet, wer von den streitenden Theilen partes actoris, und wer partes rei übernehmen müsse. Man setzt voraus, daß Niemand die erstere Stelle übernehmen wird, ohne dazu genöthigt zu seyn, wenn er sich in dem Falle befindet, als

---

[30] L. 2. C. eod. „Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere: non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat. L. 18. C. ibid. Cum precibus tuis significes, ignorante te praedium eum, cujus meministi, sibi velut a te donatum instrumentis inseri fecisse: si vera sunt, (quae) precibus indidisti, nec ad nomen factae donationis fundus iste pervenit: unde adito judice competenti, probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum instrumento adversarium tuum sibi adscribi laborasse: ut secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam.“ Vergl. jedoch L. 16. ibid. worüber im vorigen Aufsatz (V, Note 17.) das Nöthige gesagt ist.

[31] L. 11. C. ibid. „Si scriptum heredem ab amita tua, vel de testamenti vitio, vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse confidis, de hac hereditate apud Rectorem provinciae agere potes.“

[32] L. 5. §. 1. D. ibid. „Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.“

Verklagter die Klage des Andern ruhig abwarten zu können. Indessen volenti non fit injura. Will Jemand klagend auftreten, da er sich, bis ein anderer gegen ihn klagte, hätte ruhig verhalten können, so mag er es [33]. Sobald nur Jemand, es sey nothgedrungen, oder freiwillig, wirklich als Kläger auftritt, so legt er sich auch eben dadurch die Verbindlichkeit auf, die Thatsachen, worin sein Antrag eben jetzt sich gründet, zu beweisen, und er muß sich gefallen lassen, daß der Gegner so lange, bis jener Klagegrund gehörig dargethan ist, mit aller Beweisführung verschont bleibe. Wendet aber der Verklagte Einreden vor, die auch die begründete Klage rückgängig machen sollen, so wird er nunmehr nach bewiesenem Klagegrunde wirklich angreifender Theil, und daher heißt es ganz richtig: reus excipiendo fit actor; jetzt sucht er Rechte und vermöge derselben oder sonst aus rechtlichen Gründen im eigentlichen Verstande eine Befreiung geltend zu machen; dies muß er also gehörig begründen [34]. Eben so verhält es sich, nach bewiesenen oder zugestandenen Einreden, mit der Replik, und nachdem diese rechtlich dargethan ist, mit der Duplik *); Beides, wie man leicht sieht, im eigentlichen Verstande genommen.

---

[33] L. 14. D. de probat. s. die vorhergehende Note 17.

[34] L. 19. pr. D. ibid. „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. L. 12 ibid. Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare judici debet.“ Vermöge dieses Gesetzes ist in vorkommenden Fällen vor allen Dingen wohl zu prüfen, ob die Gegenbehauptung des Verklagten, er mag sie einkleiden, wie er wolle, zu den bloßen Bestreitungen des Klagegrundes, oder eigentlich zu den Einreden, die er dagegen vorschützt und zu beweisen hat, gehöre. Dies wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unserer Regel nach deutlicher zu zeigen seyn. S. §. 19.

*) Arg. l. 1. 2. §. 1—3. D. de except.

3.

Widerlegung der Regel: Wer Etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende.

§. 9. Von den Anhängern dieser Regel.

Lange ward der Grundsatz angenommen, daß der Beweis nur dem aufzulegen sey, der einen Umstand bejahe, nicht aber dem, der Etwas verneine *). Adfirmanti incumbit probatio, non neganti. Diese, aus der Mißdeutung einiger Römischen Gesetze ursprünglich entstandene, Regel hat eine unglaubliche Menge Anhänger gefunden, und manche unrichtige Folgen in der Theorie und Anwendung veranlaßt. Die Irrthümer der Glosse verleiteten zuerst den Pabst, den Beweis einer Verneinung in einigen Decretalbriefen zu verwerfen **). Die Glossatoren des Canonischen Rechts suchten durch sonderbare Distinctionen zwischen negationes juris, facti und quantitatis die Sache Etwas zu berichtigen [35]. In der Folge ist viel darüber geschrieben und gestritten worden. Vorzüglich haben Cocceji und Böhmer [36] jenen Grundsatz bestritten, denen auch Andere gefolgt sind [37]. Die neueren Lehrbücher des Prozesses verwerfen ihn zwar größten Theils; aber von Zeit zu Zeit kommt er doch wieder

---

*) Vergl. B. Hollweg a. a. O. S. 327. ff.

**) Daß solches aber gar nicht der Fall sey, hat Linde in seiner und Marezolls und v. Wenings Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß I, S. 128. ff. auszuführen gesucht. Vergl. auch Collmann Grundlinien einer Theorie des Beweises S. 53. ff. und unten §. 12.

[35] *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19, 5.

[36] *Henr. de Cocceji* Diss. de directa probatione negativae. Francof. 1698. in *Ejusd.* Exercit. curios. Vol. II. N. 8. pag. 134. s. *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19, 3. etc., aber auch schon vor ihnen **Bartolus*, ferner* *Franc. Herculanus Perusinus*, de probatione negativae et quis teneatur probare negativam. (in Tract. tractat. Tom. IV, auch besonders Colon. 1578. und Erf. 1664.) **Pacianus* de probat. I, c. 51. und *Mascard.* de probat. concl. 686. 696. et passim.

[37] S. die Note 9. *Wolfg. Trier* Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Erf. 1738. E. E. Westphal vom rechtl. Beweise einer Verneinung. Halle 1783. (auch in s. zusammengebr. Abh. II, n. 3.) *Müller* ad *Leyser.* Tom. III. obs. 450. **Specht* in der, Note 9, angef. Dissert.

vor [38], und die Zahl seiner Anhänger, zumal in Gerichten, dürfte noch jetzt nicht ganz geringe seyn. Woher käme es auch sonst, daß die Advokaten häufig noch in der verneinenden Form des Ausdrucks einen großen Schutz gegen die Last des Beweises zu finden glauben, und daß ihnen dies sogar in manchem Unterrichte als prudentia practica empfohlen wird? Daher wird es nicht ganz überflüssig seyn, die Sache hier noch etwas genauer zu prüfen *).

§. 10. Daß verneinende Sätze bewiesen werden können und müssen, wird durch Beispiele erläutert.

Daß 1. rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl direkt, als auch indirekt geführt werden können, läßt sich mit Grunde gar nicht bestreiten. Das Gegentheil ist freilich oft gesagt, aber nie bewiesen worden. Vielleicht schien es consequent, sich auch mit dem Beweise dieser Negativa nicht zu befassen.

Vor allen Dingen hätte man doch billig erwägen sollen:

a. Daß hier überhaupt, und also auch in Beziehung auf verneinende Sätze, nur von rechtlich genügenden Beweisen die Rede sey, daß es mithin nur darauf ankomme, in wiefern die juristische Wahrheit einer Verneinung durch gesetzlich sanctionirte Beweismittel auszuführen sey. Mathematische Gewißheit wird ja überhaupt bei Thatsachen nicht verlangt, kann auch nicht verlangt werden.

b. Daß es hier ganz vergeblich und unnütz sey, in der Untersuchung über Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Beweisführung bis zu Dingen hinaufzugehen, die in Gerichten doch nicht zur Frage

---

[38] *Leyser* ad Pand. spec. 255. med. 1. seq. *C. F. Walch* introd. in controv. jur. civ. S. 2. c. 2. §. 11. **Alef* Franc. Comm. de eo quod iustum est circa probandam negativam. (in ej. dieb. acad. Heidelb. 1753. ed. nov. Rottenb. 1820., *J. L. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. s. w. §. 80. Just. Claproth Einl. in d. ordentl. bürgerl. Prozeß §. 217. Gottl. Hufeland Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bei der negatorischen Klage, in dessen Beitr. zur Berichtigung und Erweiterung der posit. Rechtswissenschaft. IV, 10. *Jul. Frid. Malblanc* princip. jur. Rom. sec. ord. Pand. Tit. de probat. §. 594. N. 7.

*) Die neuesten Vertheidiger der nur affirmativen Beweislast sind Klötzer Vers. eines Beitrags zur Berichtigung der Lehren von der Beweislast. Jena 1813. Kori im Arch. f. civil. Praxis VIII, S. 91. f. Dagegen Linde in der S. 132. N. **) angef. Abh. S. 94. ff.

kommen können. Die Rechtspflege hat es immer nur mit gewissen Subjekten, mit individuellen Handlungen, mit Gegenständen, die nach Zeit, Ort, Personen, und andern Verhältnissen, freilich mehr und weniger bestimmt sind, zu thun. Man sollte sich also um das Erweisliche oder Unerweisliche solcher unbestimmten Verneinungen, wie sie unter andern Leyser [39] angeführt hat, die in Gerichten doch nicht zur Frage kommen können, nicht weiter bekümmern, vielmehr diesen Punkt ganz auf sich beruhen lassen [40].

c. Daß ein Beweis schwierig, ja den Umständen nach in gegebenen Fällen unausführbar seyn könne, ohne darum an sich unmöglich zu seyn. Man kann jenes bei Verneinungen gern zugeben, aber dieses läßt sich nicht füglich behaupten.

Schon die Erfahrung müßte hier auf andere Gedanken bringen. Was ist der Gegenbeweis in den meisten Fällen anders, als Beweis einer Verneinung? Wird er nie mit Erfolg geführt? Wäre es dann nicht ein lächerliches Verfahren, dessen sich doch wohl Gerichte billig enthalten müßten, wenn man diesen Gegenbeweis Jemandem förmlich vorbehalten, ihm auch die rechtliche Zeitfrist deshalb vorschreiben wollte, und gleichwohl zugeben müßte, daß er unmöglich zu führen sey. Wo bliebe die Gewissensvertretung bei Eidesanträgen in so vielen Fällen, wenn sie als Beweis einer Negative schon an sich unstatthaft wäre? Man gehe doch die einzelnen Beweismittel, wodurch Wahrheiten vor Gericht hinlänglich begründet werden können, der Reihe nach durch: man wird nichts Widersprechendes darin, sondern überall die Möglichkeit finden, auch verneinende Sätze durch sie rechtlich außer Zweifel zu setzen. Nicht bloß indirekt dadurch, daß eine andere Thatsache, und wenn man will, eine Bejahung bewahrheitet wird, woraus demnächst die Verneinung durch Schlußfolge sich herleiten läßt: z. B. daß ein Mensch,

---

[39] Med. cit. verb., Sejus nihil debet, Lucia stuprum non commisit, Sergius fratrem injuria non adfecit. Vergl. jedoch auch *Müller* ad *Leyser.* cit. obs. 450. und daselbst angef. DD.

[40] So bemerkt schon *Meier* Colleg. Argentorat. tit. de probat. §. 7. „Multis propositis casibus vix aliquis invenitur, quo negatio non possit probari, nisi is, si negatio prorsus sit infinita; veluti non accepi mutuum, quae tamen ipsa, licet aliquo modo probari possit, confessione scilicet adversarii, vel jurejurando, huc tamen proprie non pertinet, quia actiones humanae, ex quibus lites oriuntur, certo loco, tempore, et aliis circumstantiis limitantur.“

dessen Aufenthalt zu einer gewissen Zeit, an einem gewissen Orte, erwiesen ist, zur selbigen Zeit an einem andern Orte keine Handlung vorgenommen habe; sondern auch direkt können Beweise dieser Art Statt finden. Personen, die durch ihre Gegenwart bei gewissen Begebenheiten hinlänglich in den Stand gesetzt sind, von Allem, was vorfiel, bestimmte Nachricht zu geben, können allerdings ein vollgültiges Zeugniß auch zum direkten Beweise dessen, daß Etwas nicht geschehen seyn, abgeben [41]. Die Beweiskraft des Inhaltes aller Urkunden beruhet am Ende darauf, daß entweder glaubwürdige Zeugnisse, oder ein bündiges Geständniß durch sie vorgebracht wird. Beides kann unstreitig auch eine Verneinung beweisen. Wer will die Vollgültigkeit des Beweises, daß eine Zahlung von Jemandem nicht geschehen sey, bestreiten, wenn eine Urkunde beigebracht wird, worin dieser selbst gesteht, daß er das Geld nicht bezahlt habe? Eben dies läßt sich auch allerdings durch Zeugen sogleich wahrnehmen, wenn von der Zahlung zu einer gewissen Zeit, an gewissen Orten und im Beiseyn gewisser Personen, die Rede ist. Freilich können Zeugen überhaupt nichts anders beglaubigen, als wovon sich eine Wissenschaft bei ihnen annehmen läßt, sie mögen über einen bejahenden oder verneinenden Beweissatz vernommen werden. So wenig man also das Geschehene durch Personen, die bei dem Vorgange nicht zugegen waren, beweisen kann, eben so wenig läßt sich auch, daß Etwas nicht geschehen sey, durch ihre Aussage darthun, wenn von Dingen die Rede ist, die ohne ihr Mitwissen füglich geschehen konnten. Wie mag man also dies noch als etwas Besonderes bei verneinenden Sätzen anführen, und darum, weil es Fälle geben kann, wo sie unerweislich sind, schon im Allgemeinen die Möglichkeit ihres Beweises bestreiten wollen? Daß A von B nie Geld geliehen habe, ist freilich wohl durch Zeugen nicht füglich zu beweisen. Allein der Grund davon liegt nicht sowohl an sich schon in der verneinenden Form des Satzes, als vielmehr in der Beweisart, wovon die Rede ist, nämlich darin, weil es an Personen fehlt, die von Allem, was zwischen A und B je verhandelt ist, eine genaue Kenntniß hätten, und ohne deren Wissen dergleichen Anleihe gar nicht geschehen seyn könnte. Wären solche Personen zur Hand,

---

[41] *Lauterbach* colleg. theor. pract. tit. de probat. §. 27. *Vergl. Schneider v. d. rechtl. Bew. I, §. 148. 171. 174. Vorst a. a. O. §. 19. f. Linde Lehrb. d. Proz. §. 257. n. 4.

so würde die Ausführung des Beweises kein Bedenken leiden. Also ist der Grund des Unerweislichen in Fällen dieser Art in der That derselbe, wie bei bejahenden Sätzen, wenn es an glaubwürdigen Personen fehlt, die bei dem, was geschehen seyn soll, gegenwärtig waren, und dadurch eine Wissenschaft von der Sache, worauf es ankommt, erlangten. Indeß läßt sich doch, wenn auch Ein Beweismittel abgeht, darum noch nicht gleich der ganze Satz als völlig unerweislich betrachten. Kann daher für eine solche uneingeschränkte Verneinung, wie sie vorher angeführt worden ist, der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienste leisten, so bleibt ja doch die Eidesdelation übrig, wozu man auch bei bejahenden Sätzen seine Zuflucht nehmen muß, sobald man andere Beweismittel nicht hat, oder nicht zuverlässig findet. Hoffentlich wird gegen die Zulässigkeit der ersteren auch bei verneinenden Sätzen kein Zweifel Statt finden. Leyser [42] fand darin eine kühne Idee von Cocceji, als dieser behauptete, daß kein verneinender, es versteht sich von selbst, nicht schon erweislich falscher Satz an sich die Möglichkeit des Beweises ausschließe. Er führt dagegen die schon in der Note 39. bemerkten Beispiele an, welche dies sogleich beim ersten Anblick widerlegen sollen. Unter diesen Sätzen kann aber der zweite in solcher Form und ohne nähere Bestimmung an sich schon nicht füglich in Gerichten zur Frage kommen, und doch würde, so wie dasteht, der Beweis für alle Fälle nicht ganz unmöglich seyn, da es physische Gründe geben kann, die ihn außer Zweifel setzen [43]. Daß die übrigen in vorkommenden Fällen, so wie auch der Satz: Titius hat dem Sejus 100 Rthlr. nicht ausgezahlt, durch Beibringung eines gegenseitigen Geständnisses und durch Eidesdelationen bewiesen werden, und daß in allen diesen Beispielen wenigstens Wahrscheinlichkeitsgründe so viel bewirken können, daß mittelst gesetzlicher Eide der Mangel der rechtlichen Gewißheit, wie bei bejahenden Sätzen ergänzt werde, muß einem Jeden, auch ohne weitere Erinnerung, von selbst schon einleuchten. Das bisher Gesagte mag also genügen, um als ausgemacht anzunehmen, daß der Beweis einer Negative direkt und indirekt allerdings geführt werden könne [44].

---

[42] Siehe die vorhergehenden Noten 38 und 39.

[43] Cap. 6. X. de frigid.

[44] Vergl. übrigens *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19, 9. ibiq. cit. *Cocceji.* *Vorst Beweislast S. 20. f.

§. 11. Fortsetzung.

Daß 2. dieser Beweis auch wirklich von dem geführt werden müsse, der Rechte oder Befreiungen geltend zu machen sucht, die sich in einer Verneinung gründen, ist eben so unleugbar. Denn jeder streitende Theil ist schuldig, seine Anträge zu rechtfertigen. Sind also diese von ungewissen Thatsachen abhängig, so versteht es sich von selbst, daß er den Beweis der letztern, sie mögen in Bejahungen oder Verneinungen bestehen, führen muß, weil sonst sein Antrag unbegründet ist, folglich nicht Statt finden kann [45]. Ich will mich nicht bei der Bemerkung aufhalten, zu wie vielen Chikanen es Gelegenheit geben würde, wenn man das Gegentheil annehmen müßte, da es ein Leichtes ist, bejahende Sätze in verneinende, die mit jenen identisch sind, umzuschaffen [46]; noch weniger wird es nöthig seyn, die verschiedenen Versuche näher zu prüfen, welche von den Rechtsgelehrten gemacht worden sind, um wahre und ächte Verneinungen von den scheinbaren zu unterscheiden. Genug, daß die Lehre, welche dadurch aufrecht erhalten werden soll, an sich keinen Grund hat, und daß die Gesetze selbst in mehr als einer Vorschrift das Gegentheil deutlich genug bestimmt haben. Wer weiß es nicht, daß wenn durch condictio indebiti eine Zahlung zurückgefordert wird, der Kläger den Beweis übernehmen müsse, daß er nichts schuldig gewesen sey [47]. Und so giebt es eine Menge ähnlicher Entscheidungen, welche den Beweis einer Verneinung dem auflegen, der sich darin gründet [48]. Wie konnte das auch anders seyn, da

---

[45] *Böhmer* ibid. §. 10. *Borst a. a. O. S. 24. f.

[46] *Leyser* spec. 255, med. 4. *Gönner Handb. II, 37. §. 18.

[47] L. 25. pr. D. de probat. (Note 29.).

[48] Dergleichen sind schon einige vorgekommen; man sehe die Noten 23. 24 31. und 32. „Dazu vergl. L. 10. D. de V. O. Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione: si Lucius Titius ande Calendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse: sive vivo, sive mortuo id acciderit.“ *S. jedoch Borst a. a. O. S. 32.* Ferner L. 5. C de injur. (non convicii consilio injuriosum quid dixisse) L. 5. C. de Codicill. (adseverationi, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit) L. 13. C. de n. n. p. u. a. m. bei *Meier* Coll. Argent. Tit. de probat §. 7. *Vigel.* Digest. jur. civ. VII, 2, 2. de *Mezger* Diss. (not. 5.) cit. §. 26. etc. *S. auch Linde a. a. O. S. 117. f.

sogar bisweilen der Gegner eine Rechtsvermuthung für sich haben kann. Aber auch hievon abgesehen ist es, wie gesagt, schon hinreichend, daß der verneinende Satz den Grund eines rechtlichen Antrages bestimmt, um nach Anleitung der angeführten Gesetze die Verbindlichkeit zur Beweisführung daraus zu folgern. Dies gilt von beiden streitenden Theilen, dem Kläger sowohl als dem Verklagten. Auch dieser ist bei Behauptungen, die er sonst beweisen muß, bei Einreden und Dupliken, im eigentlichen Verstande, nicht davon frei, wenn sie verneinend sind [49]. Man wird doch hiegegen die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Contrakts nicht anführen, um den erwähnten Grundsatz zu bestreiten. Wahr ist es, daß der Kläger, dem jenes entgegengesetzt wird, den Beweis übernehmen muß, daß er seiner Seits den Contrakt erfüllt habe; aber diesen Beweis muß er führen, nicht weil die Gegenbehauptung des Verklagten verneinend ist, sondern weil sie einen bloßen Umstand bestreitet, der zum Klagegrund gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt [50]. Im Gegentheil verhält es sich auch mit den Behauptungen in der Replik des Klägers eben so. Er braucht freilich nicht zu beweisen, wenn er die Einrede des Verklagten bloß leugnet, wohl aber muß er die Replik im eigentlichen Verstande, wenn sie bestritten wird, bewahrheiten, sie mag an sich bejahend oder verneinend seyn; es wäre denn, daß dadurch nur Etwas abgeleugnet würde, was eigentlich zur Begründung der Einrede des Verklagten gehört, und dieser also, wenn er mit seinem Einwande durchkommen will, rechtlich darthun muß. Wenn z. B. eine Gemeinde ihren Schuldner verklagt, dieser zum Zweck der Compensation ein Gegenforderung aus einer, von den Vorstehern ohne förmlichen Beschluß der Gemeinde gemachten, Anleihe entgegensetzt, und die Klägerin replicando dawider anführt, daß das Geld nicht in Angelegenheiten der Gemeinde verwandt sey: so muß freilich der Verklagte den Beweis dieser Verwendung führen, weil sonst seine Gegenforderung an die Gemeinde selbst keinen Grund haben würde, nicht aber bloß darum, weil die Replik in einer Verneinung besteht. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der gewesene Pupill we-

---

[49] *Böhmer* J. E. P. II, 19, 11.

[50] *Böhmer* ibid. *S. das Nähere über diese exceptio unten §. 27. und 35. desgl. im Summarium.

gen einer von dem Vormunde, als solchem, gemachten Anleihe belangt, oder aus dieser Schuld eine Einrede gegen ihn hergenommen wird; denn hier ist die Klage oder Einrede durch die Handlung des Vormunds selbst schon hinlänglich begründet [51], und es kommt also nur darauf an, ob der Pupill die Gegenbehauptung, daß das Geld nicht in seinen Angelegenheiten verwandt sey, er mag dieses excipiendo, oder replicando vorschützen, gehörig beweisen kann [52]. Ihm ist auch, ob gleich an sich nichts darauf ankommt, in diesem Falle der Beweis jener Verneinung beinahe leichter, wenigstens nicht schwerer zu führen, als es dem andern Theile seyn würde, das Gegentheil darzuthun, da die Vormundschaftsrechnungen es ergeben müssen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen von seinem übrigen Vermögen, ohne die Anleihe, zu bestreiten waren oder nicht [53].

---

[51] Nach der bekannten Regel: factum tutoris legitime gestum est factum pupilli. arg. §. 9. l. de inutil. stipul. L. 5. D. de R. J. Kein Gesetz hat auch die Gültigkeit einer solchen Anleihe von der Zustimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in der Fortsetzung *Hofakers* princip. jur. civ. R. G. Tom. 3. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

[52] Der Pupill oder Minderjährige hat hier eigentlich restitutionem in integrum gegen einen nach strengem Recht gültigen Handel zu suchen (*Hellfeld* jurisprud for. §. 782.) und muß daher natürlich den Beweis der Läsion führen. *Die Richtigkeit dieses Ausdrucks ist jedoch zu bezweifeln. S. das genauer in Rudorff, Recht d. Vormundsch. II, §. 130. ff.

[53] Der angeführte *Böhmer* §. 11. und Doctr. de action. II, 8, 4, mit ihm auch Andere, z. B. *Wernker* sel. observat. VI, 387. behaupten zwar das Gegentheil, daß nämlich der Gläubiger, ob er gleich mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hatte, dennoch die wirkliche, zum Besten der Pupillen geschehene Verwendung des Geldes beweisen müßte, vermöge L. 3. C. quando ex facto tutor. „*Si in rem minoris pecunia profecta sit,* quae curatori, vel tutori ejus *nomine minoris* mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est", und L. 1. C. si advers. credit. „Cum et ipse profitearis, cum Zenodora minori vigintiquinque annis (te) contraxisse, nec doceri potuisse Praetorem, ex eo contractu locupletiorem (eam esse) factam; intelligis *eam merito in integrum restitutam.* L. 2. ibid. Si (ut allegas) minor XXV, annis pecuniam foenori accepisti, nec ea in rem tuam versa est, adversus cautionem, per quam eo nomine te obligasti, *in integrum restitutionis auxilium* potes solemniter postulare. Allein keine dieser Gesetzstellen belastet ganz bestimmt den Gläubiger mit einer Beweisführung, von der ihn die vorhin erwähnten allgemeinen Rechtsgründe offenbar frei erklären, und keine dieser Stellen befreiet den Pupillen oder Minderjährigen von dem Beweise der Läsio, den das Restitutionsgesuch ihm auflegt. Man muß

Dahingegen wird in jenem Falle, da man mit einer Gemeinde zu thun hatte, vorausgesetzt, daß der Gläubiger mit dieser selbst, oder mit ihren Repräsentanten in einer das ganze Corpus rechtlich verbindenden Form nicht contrahirt habe. Denn wäre diese Form beobachtet, so würde die Gemeinde gegen ihren eigenen Handel den Einwand der nicht geschehenen nützlichen Verwendung gar nicht vorschützen, auch auf die den Minderjährigen wegen der Pflichtwidrigkeit des Vormundes jure singulari verliehene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Anspruch machen können, da sie nicht sowohl durch den von ihr selbst geschlossenen Handel, als vielmehr durch nachherige Unordnung oder Treulosigkeit in der Administration verletzt worden ist; daher nur in solchen Fällen, wo die Anleihe von Personen geschlossen ward, die an sich durch ihre Handlungen das Corpus im Ganzen nicht verpflichten können, der Einwand der nicht geschehenen gemeinnützlichen Verwendung des Geldes Statt findet, aber auch dann die volle Wirkung hat, daß der Gläubiger den Beweis des Gegentheils, wobei er freilich die Personen, mit denen er sich eigentlich eingelassen hat, und deren Erben, zu gehöriger Rechtsvertretung auffordern kann, übernehmen muß [54].

---

nicht aus der Acht lassen, daß der Concipient des in L. 3. C. Quando ex facto tutor. vorkommenden Rescripts es nach dem Vortrage des Supplikanten wohl sehr füglich bei der Voraussetzung eines, zum Besten des Minderjährigen geschehenen, Gebrauchs der Anleihe bewenden lassen konnte, ohne sich auf andere Bestimmungen, besonders der Frage: Wem der Beweis hierüber obliege? einzulassen, welche der Antrag der Partei, in sofern diese den erwähnten Gebrauch als ausgemacht oder unbestritten angab, ganz überflüssig machte. Thibaut Theorie der log. Auslegung des Röm. Rechts, §. 28. *Der Herausgeber kann indeß die Ansicht des Verf. nicht theilen, in sofern es sich von dem Fall handelt, wenn der Tutor oder Curator Geld ohne Zuziehung des Pflegbefohlnen aufgenommen hat. Die vorstehenden Gründe in Note 51—53. sind nicht durchgreifend, die l. 3. C. cit. aber enthält wenn gleich keine ausdrückliche Bestimmung der Beweislast, doch der Klagebedingungen. S. überdies l. 20. §. 1. D. de in rem v.

[54] L. 27. D. de reb. credit. „Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur." Auch Kirchen und fromme Stiftungen werden durch die Anleihen ihrer Vorsteher nicht geradezu verpflichtet. Nov. 120, cap. 6. §. 3. *Anth. hoc. ius. C. de SS. eccl. — cap. 1. X. de depos; cap. 4. X. de fidejussor. cap. 2. X. de solution.

§. 12. Erklärung der Gesetzstellen des Römischen Rechts, welche für die Regel der blos affirmativen Beweispflicht angeführt zu werden pflegen.

Nach dem bisher Ausgeführten sollte man es kaum noch erwarten, daß die Regel: Nur dem, der Etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf, obgleich sie durch die Natur der Sache, und durch so viele gesetzliche Vorschriften widerlegt wird, sich dennoch bei den Rechtsgelehrten so lange im Ansehen erhalten, und so viele Vertheidiger finden konnte. Daß die Unmöglichkeit des Beweises hiezu keinen rechtsbeständigen Grund an die Hand gebe, ist im Vorhergehenden augenscheinlich gezeigt worden. Man glaubt aber desto mehr, sich auf verschiedene Vorschriften des Römischen und Canonischen Rechts berufen zu können, die wir daher nicht ganz übergehen dürfen.

Die Stellen des Römischen Rechts, welche zu der gedachten Regel einen Anlaß gegeben haben, L. 23. C. de probat. „Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio sit“, womit auch L. 10. C. de n. n. pecun. in den Worten: „Negantis numerationem naturali ratione nulla probatio est“ übereinstimmt, und L. 2. D. de probat. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ hätten wohl nicht leicht unrichtiger gedeutet werden können *). Das erste Gesetz (23. C. de. probat.) redet zuvörderst nicht von dem, der einen Satz bejahet, nicht vom eigentlichen adfirmans. Es entscheidet wörtlich den Fall, da der Kläger selbst zugestand, daß er seine Behauptung zu beweisen, nicht im Stande sey; Actor profitendo probare se non posse, quod adseverat. Dies konnte ihn natürlich nicht berechtigen, nun von dem Verklagten zu verlangen, daß dieser das Gegentheil der Behauptung des Klägers beweisen sollte — reum necessitate contrarium monstrandi non adstringit —, da die Natur der Sache es schon mit sich bringt, daß wenn ein Theil eine Thatsache für sich anführt, und der andere solche leugnet, nicht dieser, sondern jener den Beweis übernehmen und führen müsse — quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit [55]. Das Gesetz

---

*) Vergl. auch Linde a. a. O. S. 107. f.

[55] *Meier* Colleg. Argent. tit. de probat. §. 7. verb. per rerum naturam, is, qui factum negat, probare negationem suam non debet, L. 23.

sagt also mit keinem Worte, daß überhaupt derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben dadurch von allem Beweise frei sey; noch weniger sagt es, daß eine Verneinung sich per rerum naturam gar nicht beweisen lasse. Es würde sogar dadurch etwas Ungereimtes und so vielen andern gesetzlichen Vorschriften Widersprechendes gesagt haben [56]. Nur von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache bestreitet, nicht von dem, der ableugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, ist die Rede. Von diesem heißt es, daß ihm nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Die Worte: negantis nulla est probatio, sollen aber auch keineswegs andeuten, daß gar kein Beweis auf Seiten dessen, der leugnet, Statt finde oder möglich sey — denn wo bliebe der Gegenbeweis, wenn dies richtig wäre, und wer wollte es überhaupt dem, der leugnet, verwehren, den Beweis, wenn er es für gut befände, freiwillig zu übernehmen [57]? — sondern der Ausdruck: probatio ejus est, vel non est, bezeichnet nach dem Sinn der Sprache nichts anders, als ihm kommt der Beweis zu, er liegt ihm ob, er muß ihn führen. Wer würde z. B. die Worte: actoris est probatio, anders übersetzen, als: der Kläger muß beweisen; also heißt auch negantis nulla est probatio: dem, welcher leugnet, was der Andere gegen ihn behauptet, liegt der Beweis nicht ob.

Das bisher Gesagte gilt ebensowohl von L. 10. C. de n. n. p. verbis: Negantis numerationem naturali ratione probatio non est. Dies versteht sich gleichfalls nur von dem, der eine Geldzahlung als das Fundament der gegen ihn angestellten Klage, oder ihm entgegengesetzten Einrede, ableugnet, und daher vom Beweise frei ist, nicht weil er einen verneinenden Satz für sich anführt, sondern weil er den Grund der gegenseitigen Klage oder Einrede bestreitet, den

---

C. h. t. id est, ratione naturali, L. 10. C. de n. n. p. „quae ratio in eo consistit, quod, quicquid non praesumitur, id non debet probari, sed ejus contrarium. Jam vero factum, id est, adfirmatio facti non praesumitur, ergo factum sive adfirmatio facti debet probari, non ejus contrarium, videlicet non factum, id est, facti negatio, atque hinc illa decantatissima juris regula: ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio. L. 21. h. t. vid. infr. th. 6. in fine: id est is, qui intendit, non qui adversarii intentionem negat, probare debet, et nisi ita esset, omnia judicia elusoria fierent."

[56] Vergl. die vorhergehende Note 48.

[57] Vergl. die Note 17.

also der Gegner beweisen muß, so lange die an ihn ausgestellte Handschrift noch keine völlige Beweiskraft durch die gesetzlich bestimmte Zeit erlangt hat [58].

In L. 2. D. de probat., deren schon vorhin erwähnt worden ist, wird der, qui negat, dem entgegengesetzt, qui dicit. — Dicere überhaupt gilt von Jedem, der Etwas mit Worten zu erkennen giebt, es mag bejahend, oder verneinend, bloß für Jemanden gesagt, oder besonders zur Bestreitung der Behauptung eines Andern angebracht seyn. Hier aber, wo der qui dicit dem qui negat entgegengesetzt wird, läßt sich das nicht füglich anders erklären, als daß unter dem Erstern derjenige, der Etwas für sich anbringt, unter dem Andern aber der, welcher dies Anbringen als unwahr bestreitet, zu verstehen sey, jenes Anbringen oder jene Behauptung mag übrigens ein bejahender oder ein verneinender Satz seyn. Wollte man dicere mit affirmare hier für gleichbedeutend annehmen, so würde das eines Theils sprachwidrig, und andern Theils die ganze Stelle alsdann weder vernunftmäßig, noch mit andern gesetzlichen Bestimmungen vereinbarlich seyn *).

§. 13. Erklärung der Gesetzstellen des canonischen Rechts.

Das canonische Recht **) kommt zwar dem ersten Anscheine nach denen, welche den Beweis einer Verneinung Niemandem auferlegt wissen wollen, etwas mehr zu Statten. Es ist nicht zu leugnen, daß in den päpstlichen Dekretalbriefen an verschiedenen Stellen der Grundsatz geäußert wird, daß ein solcher Beweis an sich schon gar nicht Statt finde, und es würde vergeblich seyn, diese Stellen durch irgend eine Erklärung mit der gesunden Vernunft völlig wieder in Einverständniß bringen zu wollen. Sie lassen keinesweges, wie sie dastehen, die Einschränkung zu, daß nur derjenige, der die Wahrheit einer gegen ihn vorgekommenen Behauptung bestreitet, von der Last des Beweises frei sey, weil vielmehr der Gegner den Grund seiner Behauptung rechtfertigen muß, wie dies die römischen Gesetze enthalten. Es heißt vielmehr geradezu:

---

[58] *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19, 7.

*) Vergl. Glück Erl. d. Pand. XXI, S. 242. f. Collmann Grundlinien. S. 21. 24.

**) S. oben §. 9. Note **).

daß verneinende Behauptungen durchaus — per rerum naturam — nicht erwiesen werden könnten. Aber wie, und in welcher Beziehung, kommt dieser Satz im canonischen Rechte vor? Hiernach müssen wir uns etwas näher umsehen. Denn daß er aus einer Mißdeutung des römischen Rechts ursprünglich herrühre, daß er an sich unvernünftig sey, daß so manche andere gesetzliche Bestimmungen, sogar selbst des canonischen Rechts, damit nicht würden bestehen können, dies Alles ist theils schon im Vorhergehenden vorgekommen, theils wird es sich weiter hin noch deutlicher ergeben. Zum Glück hat es der Pabst so arg doch nicht gemacht, als er es freilich leicht hätte machen können, da er einmal dabei war, recht abgeschmackte und widersinnige Dinge zu sagen. Zum Glück giebt er uns nur bei Gelegenheit gewisser Vorschriften seine Einsichten in die Natur der Dinge zu vernehmen, läßt es aber dabei denn doch im Ganzen bewenden, ohne auch als Gesetzgeber mit der bestimmten Anordnung hervorzugehen, daß nur der, welcher bejahet, nie der, von dem ein verneinender Satz behauptet wird, die Last der Beweisführung übernehmen müsse. Wir haben es also hauptsächlich nur mit seinen Enunciationen, nicht mit einer allgemeinen Disposition zu thun. Dies werden die einzelnen Dekretalbriefe, welche hieher gehören, jetzt näher zeigen. Sogleich eine der Hauptstellen, die man gewöhnlich anführt, um einer groben Unrichtigkeit gesetzliches Ansehen zu verschaffen, das Cap. 11. X. de probat. enthält im Ganzen die an sich sehr vernünftige Vorschrift, daß Alles, was in gerichtlichen Angelegenheiten vorginge, von einer öffentlich dazu bestellten Person, oder von zwei glaubwürdigen Zeugen dazu aufgezeichnet werden solle, damit ein rechtlicher Beweis darüber vorhanden sey, und Niemand durch falsche Angaben des Richters, die er nicht widerlegen könnte, verletzt werde. Diese Vorschrift, die wohl Niemand mißbilligen wird, geht nun von folgenden Gründen aus: Quoniam contra falsam adsertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio, ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus etc. Diese Worte enthalten also keinesweges eine Rechtsnorm für die Frage: wer von beiden streitenden Theilen den Beweis übernehmen müsse? überhaupt keine Vorschrift, sondern eine Behauptung, wodurch der Pabst seine nachher folgende Vorschrift zu rechtfertigen suchte, wobei er aber freilich zugleich auch documentirte, aß er von

der Logik schlecht bedient war. Böhmer hat in seiner Ausgabe des Corpus juris Canonici die gedachte Stelle in einer Anmerkung so bündig und einleuchtend gewürdigt, daß es dem Leser nicht unangenehm seyn wird, diese hier wörtlich angeführt zu finden: Traditur hic simplex enuntiatio logica, quam ad tramitem rectae rationis reducere nihil vetat. Videlicet propositio probanda est vel affirmativa vel negativa. Et directa ejus probatio dicitur, quae fieri potest testibus, instrumentis, vel delatione juramenti. In dictis testium distingui debet depositio testis a ratione scientiae, de qua tam in affirmativa, quam in negativa propositione, probanda, testis interrogandus est. Et ita directa dicitur probatio, in qua testis directo thema probandum vel affirmat vel negat. Sic thema probandum: Titia non supposuit falsum partum, tres mulieres directo respondent, quod parturienti manus admoverint, et puellam, de cujus statu quaeratur, ex matris ventre extraverint. Hoc casu ratio scientiae adducta degenerat in propositionem affirmativam: ipsum testis dictum vero directo probat propositionem probandam. Praeterea cum probatio etiam per delationem juramenti fieri possit: nil prohibet, quo minus directo probari possit propositio haec: Titius non solvit debitum, contra quod apposuerat reus exceptionem solutionis, delato super ea jurejurando. Et quid vetat, quo minus exceptio: non sum nominatus in instrumento, productione ipsius documenti directo probari queat? Ceterum regula hic adducta est desumta ex L. 23. C. de probat., quae manifeste prodit, reum litem negative contestantem ad probationem non esse adstringendum: non vero innuit, negativam non posse nec debere directo probari, cujus probatio in judiciis quotidie suscipitur, reprobatione suscepta.

In dem gleich darauf folgenden Cap. 12. X. de probat. erklärt sich der Pabst gegen den von ihm und seinen Vorgängern sonst begünstigten Mißbrauch, sich von der Beschuldigung eines Verbrechens durch Eide, oder andere, mit Hülfe des Wunderglaubens eingeführte Mittel zu reinigen, wider die purgatio canonica et vulgaris. Er will diejenigen, welche eines Verbrechens rechtlich und vollständig bereits überwiesen sind, mit dem Anerbieten, das Gegentheil durch dergleichen Mittel zu bewahrheiten, nicht gehört wissen. Die Verordnung ist daher im Wesentlichen nicht sowohl gegen die Zulässigkeit eines verneinenden Beweises überhaupt, als vielmehr gegen besondere Arten der Beweismittel, welche billig zu verwerfen

waren, gerichtet, wie das nicht allein die in den Eingangsworten bemerkte Veranlassung der Vorschrift, sondern auch der eigentliche Inhalt der letztern selbst deutlich ergiebt; volentes igitur ut haec pestis contraria omni juri penitus exstirpetur a clero, mandamus, quatenus in hujusmodi probatione negativa, dum tamen possit adfirmativa ex adverso probari, contra canonicas sanctiones in foro neminem audiatis. Diese Vorschrift, welche sonst allen Gegenbeweis sowohl in Civilprozessen, als auch in Criminalfällen umwerfen, ja den Angeschuldigten größten Theils die Vertheidigung überhaupt versagen würde, kann wohl unstreitig nicht weiter, als in Beziehung auf die Mißbräuche, von denen sie wörtlich redet, angewandt werden [59]. — Beiläufig kommt die Sache auch in cap. 23. X. de elect. vor. In einem Rechtsstreite über die Wahl eines Bischofs, entstand gegen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens aus dem Mangel der Citation einige Bedenklichkeit. Der Pabst fand diese an sich dadurch, daß die Sache notorisch war, und durch die Vermuthung eines rechtmäßigen Verfahrens, welche jeder Richter für sich hätte, schon ziemlich gehoben; bemerkte aber noch überdem: es sey schwerlich zu beweisen, daß keine Citation sämmtlicher Interessenten geschehen sey, da dieser Beweis eine Verneinung bewahrheiten sollte: quamvis et, quod citati non fuerint, non posset de facili comprobari, quia negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio, quum etsi quilibet de se possit asserere, quod ad eum citatio minime pervenisset, singuli tamen vestrum essent in suo testimonio singulares. Wie die Verneinung auszuführen sey, muß am Ende doch wohl dem überlassen werden, der sich darauf beruft, und der sie zu bewahrheiten hat. Es ist seine Sache, ob er de facili, wie es hier heißt, damit durchkomme oder nicht. So viel bleibt gewiß, daß die ganze Bemerkung des Pabstes bei der Frage: wem der Beweis obliege, gar nicht in Betrachtung kommen kann. — Ganz unstreitig gilt dies auch von dem cap. 1. de confessis in 6to: Statuimus, ut positiones negativas, quae probari non possunt, nisi per confessionem adversarii, judices admittere possint, si, aequitate suadente, viderint expedire; imgleichen von dem cap. 3. X. de causa possess. et propriet., wo in Ansehung eines streitigen Wahlrechts den Aussagen der Zeugen kein Gewicht zugestanden wird, quod negativam quodammodo adstruere satagebant, probare

---

[59] *Böhmer* in not. ad cit. cap. 12. X. de probat.

volentes jus electionis ita ad vos spectare, quod ad adversarios minime pertineret; per testes vero adversae partis fuit sufficienter ostensum, quod in trium episcoporum electionibus, de quibus praemissum est, clerici praesentes adfuerint, et vocem habuerint eligendi etc. Beiläufig lenkt der heilige Vater auch einmal wieder ein, und läßt sich über den Rechtsstreit wegen eines geistlichen beneficii und die Replik des Klägers, daß die ihm entgegengesetzte Entsagung seines Rechts nicht freiwillig geschehen sey, folgendergestalt vernehmen: Porro licet negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio, ejus tamen qui spontaneam renunciationem negat, quum implicite et quodammodo replicando inficietur super adsertione sua habito ad dignitatem et personam respectu, probationes credimus admittendas.

Nimmt man nun den Inhalt aller dieser Vorschriften zusammen, so ergiebt sich im Ganzen darüber unstreitig Folgendes: 1. Genau betrachtet wird in den päbstlichen Verordnungen nur so viel ausgesagt, daß der direkte Beweis einer Verneinung nicht ausführbar sey. Nun, wer seinen Satz nicht direkte beweisen kann, der mag sein Heil indirekte versuchen. In der That aber hat dergleichen Urtheil über das, was an sich möglich oder nicht möglich sey, darum, weil es in den Gesetzen vorkommt, noch nicht gleich eine gesetzliche Gültigkeit, und hier um so weniger, da es augenscheinlich falsch, und einer sichtlichen Mißdeutung des römischen Rechts zuzuschreiben ist [60]. 2. Daraus, daß der Beweis einer Verneinung für unmöglich angenommen wird, kann doch immer nur so viel folgen, daß Niemand sein Klagerecht oder seine Einreden in negativa gründen müsse, weil er sie doch nicht würde beweisen können. Daß aber darum der andere Theil den Beweis des Gegentheils führen müsse, weil man einen unerweislichen Satz wider ihn anführt, dazu wäre doch gar kein Grund vorhanden. Verfolge ich ein Recht, oder schütze ich eine Einrede vor, und kann weder jenes, noch diese beweisen, so muß ich erwarten, ob der Gegner mir meine Behauptung zugesteht, wo nicht, so muß ich Beides als unerweislich aufgeben. So würde es sich also mit den gerichtlichen Anträgen verhalten, die sich in nega-

---

[60] *Böhmer* J. E. P. II, 19, 6. Verb., „nec quae ab omni ratione aliena sunt praescribere potest. Quid enim, si negaret bis duo esse quatuor, an insaniendum cum jure canonico?“ vergl. §. 9. ibid.

tiva gründen, wenn der Grundsatz, daß ein Beweis derselben nicht Statt finde, wahr und richtig wäre, oder bei seiner sichtlichen Falschheit dennoch als solcher durchaus angenommen werden müßte. Noch weniger kann die bloße Schwierigkeit eines solchen Beweises einen rechtlichen Grund an die Hand geben, dem Gegner die Last desselben aufzubürden, wie es Leyser [61] behaupten wollte. Dies würde desto ungerechter seyn, da auch der Beweis einer Bejahung den Umständen nach mit großen Schwierigkeiten verknüpft seyn kann, darum aber doch wohl Niemand den Gegner zur Beweisführung verflichten wird (§. 5.) 3. Die päbstlichen Verordnungen sagen auch mit keinem Worte davon, daß vermöge der vorausgesetzten Unerweislichkeit einer Verneinung, dem Gegner, weil dessen Behauptung bejahend ist, die Last des Beweises aufzubürden sey. Im Gegentheil ist das Ganze ihrer Vorschriften nur dahin gerichtet, daß der, welcher eine Verneinung für sich anführt, und durchsetzen will, keine Chikane anwenden soll. Anstatt ihn zu begünstigen, und ihn mit Belästigung des Gegners vom Beweise zu befreien, wird vielmehr gegen ihn verordnet, daß er auch mit dem Versuche eines Beweises, den der Pabst einmal für unausführbar hält, nicht zu hören sey. Meistens ist auch in den angeführten Verordnungen von solchen Fällen die Rede, wo schon rechtlich genügende Beweise gegen den Verneinenden vorhanden waren. Dagegen wird sein Antrag, daß er mit Beweisen des Gegentheils zugelassen werden möge, aus dem Grunde der Unmöglichkeit überhaupt, und besonders auch mit Beziehung auf die von ihm gewählte Art der Beweismittel verworfen. Jener Grund taugt nun freilich nicht, und man hat daher kein Bedenken gefunden, ihn selbst in den Verhältnissen, wovon das päbstliche Recht doch ausdrücklich handelt, aus der Acht zu lassen, da bekanntlich in Civil- und Criminalprozessen der Gegenbeweis Nie-

---

[61] Medit. ad Pand. 255. 3. verb. final. „Quod ad alterum fateor, nonnunquam negativam ita esse comparatam, ut de ejus probatione non sit prorsus desperandum. At inde non consequitur, negantem tunc ad probandum obligari. Etiamsi probatio negativae aliquando possibilis sit, difficilis est tamen semper, et adversarius, qui adfirmat, affirmativam suam longe facilius probabit, quemadmodum vel ex illo, quod memoravi, exemplo adparet. Nihilominus itaque adfirmanti probationem imponi oportet. Huc pertinet c. 23. X. de elect.“ Daß diese Stelle hiefür nichts entscheide, ist vorhin schon gezeigt worden.

mandem, der ihn zu führen sich getrauet, versagt wird. Desto weniger aber läßt es sich vertheidigen, wenn auf den gedachten an sich falschen Grund, über den man sich in der Leitung des gerichtlichen Verfahrens längst hinweg gesetzt hat, eine Regel der Beweisführung angenommen wird, die das canonische Recht selbst nicht vorgeschrieben hat, und wenn man die Verordnungen desselben, nachdem man ihnen in den Fällen, wovon sie eigentlich reden, die Anwendbarkeit versagt hat, nun doch zur Belästigung des andern Theils in einer Ausdehnung anwenden will, die theils der Natur der Sache, theils mehreren bestimmten Vorschriften des Civilrechts unstreitig entgegen ist.

§. 14. Von älteren und neueren Versuchen, den Satz durch nähere Bestimmung und Einschränkungen aufrecht zu erhalten.

Ist nun der berühmte Satz: adfirmanti, non neganti, incumbit probatio, als Regel betrachtet, an sich falsch und ganz ungesetzlich, ja vielmehr gesetzwidrig: so bedarf es auch aller der Deutungen nicht, die man von Zeit zu Zeit herbeigeholt hat, um die Sache einigermaßen mit der Vernunft und den Vorschriften der Gesetze wieder zu vereinigen. Schon die Glossatoren verfielen hiebei auf allerhand Distinktionen, deren im Allgemeinen bereits vorhin gedacht worden ist. Sie unterschieden *) und nahmen von jener Regel aus: a, negativa juris, wodurch der Rechtsbestand einer Handlung bestritten würde, z. B. wenn Jemand behauptete, daß ein Testament nicht gehörig errichtet, eine Wahl nicht rechtmäßig geschehen sey [62]; b, negativa qualitatis, wenn gewöhnliche Eigenschaften der Personen oder Sachen bestritten würden [63]; c, negativa facti definiti, z. B. daß Etwas zu einer gewissen Zeit, bei einer gewissen Gelegenheit u. s. w. nicht geschehen sey, welches zumal indirekte dargethan werden könne. Diesem ward negativa facti indefiniti d. i. daß Etwas überhaupt nicht geschehen sey, als an sich ganz unerweislich entgegengesetzt; d, negativa praegnans, welche in der That eine Bejahung in sich schließe, z. B. wenn Jemand die freiwillige Verzichtleistung auf ein gewisses Recht ableugne, welches im Grunde nichts anders sey, als die bejahende

---

*) Vergl. Glossa zu l. 2. D, de probat. und zu c. 23. X. de elect.

[62] L. 5. §. 1. D. de probat. (Note 32.)

[63] L. 3. C. eod.

Behauptung, daß er durch Furcht und Zwang dazu genöthigt worden sey [64]. Diese Distinktionen haben sich auch lange in den Schriften der Rechtsgelehrten wörtlich erhalten, wie die Pandekten-Commentare von Voet, Lauterbach, Meier u. a. m. tit. de probat. beweisen.

§. 15. Fortsetzung.

Die neueren Rechtsgelehrten haben zum Theil andere, in der Sache selbst aber doch ähnliche Versuche gemacht, oder sich mancher gezwungenen Erklärung bedient, je nachdem sie entweder jene Regel, daß der verneinende Theil nicht schuldig sey, zu beweisen, als gültig anerkannten, oder doch derselben nicht völlig ausweichen zu können glaubten. Hellfeld [65] behält den Satz: adfirmanti incumbit probatio bei, giebt aber folgende Erklärung an: Pro adfirmante habetur is, qui factum quoddam dubium pro se contra alterum in judicio allegat. Qui facto contra se allegato contradicit, negare dicitur, et recte se habet JCtorum regula: Adfirmanti, non neganti, incumbit probatio. Juris vero praesumtio adfirmantem liberat ab onere probandi. Nach dieser Deutung würde adfirmare nicht bloß das eigentliche Bejahen, sondern jede Behauptung überhaupt, mithin auch die an sich verneinende, unter sich begreifen. Hiegegen wäre nun freilich nach dem Sprachgebrauche überhaupt nichts mehr zu erinnern [66], wiewohl die Rechtsgelehrten den Ausdruck mehr in jener engern Bedeutung zu nehmen pflegen. Die Regel selbst würde also einen ganz andern Sinn erhalten, als derjenige ist, den die Vertheidiger derselben damit verbinden, und sich selbst der Wahrheit mehr nähern, freilich aber als Regel für die Bestimmung der Verbindlichkeit zu beweisen, überhaupt nicht ganz erschöpfend seyn, da diese Verbindlichkeit nicht immer von dem Anführen eines Umstandes, sondern davon abhängt, ob eine bestrittene oder zweifelhafte Thatsache zur Begründung eines Antrags gehört, gesetzt auch, daß er von dem, der den Antrag macht, nicht angeführt worden sey. Allein aus einer andern Behauptung des erwähnten Rechtslehrers [67] erhellet

---

[64] Cap. 5 X. de renuncicat. *Böhmer* J. E. P. II, 19, 5.

[65] Jurisprud. forens. §. 1153.

[66] *Gesner* thesaur. erudit. et ling. Rom. art. *affirmare*.

[67] §. 687. ibid.

sogar, daß er jener Regel, auch in ihrem gewöhnlichen Sinne, nicht abgeneigt gewesen sey. Er tritt in der bekannten Controverse über die Beweisführung bei der Negatorienklage denen, welche dem Verklagten die Last des Beweises auflegen, aus dem Grunde bei, weil der Kläger sich in negativa gründete.

Schmidt vertheidigt die Befreiung vom Beweise eines verneinenden Satzes gleichfalls, und sucht nur durch eine nähere Bestimmung wahrer Verneinungen den Mißbräuchen und der unrichtigen Anwendung jener Regel zuvorzukommen. „Der Kläger, sagt er, hat alle auf den Klagegrund sich beziehenden, von ihm bejahten Thatumstände, welche auf die Entscheidung der Sache einen Einfluß haben, insbesondere welche zu des Beklagten Verurtheilung dienlich sind, und von diesem geleugnet werden, darzuthun. — Was im Gegentheil der Kläger nicht bejahet, sondern vielmehr verneinet, das braucht er nicht zu beweisen, wenn es nur in einer wahren, nicht aber bloß scheinbaren Verneinung besteht, und er überdem dabei keine rechtliche Vermuthung wider sich hat. Eine wahre Verneinung ist, wodurch mit den Worten den Gedanken nach Etwas, daß es nicht geschehen, oder nicht sey, zu erkennen gegeben wird. Eine bloß scheinbare Verneinung aber ist, wodurch nur nach dem bildlichen Ausdruck der Worte, nicht aber den Gedanken nach, daß Etwas nicht geschehen oder nicht sey, angedeutet wird, wo also unter den Worten vielmehr eine wahre Bejahung verborgen liegt, die er mithin zu beweisen hat. Der Richter muß daher alle Vorsicht bei Auflegung des Beweises anwenden, daß er einen in der That bejahenden Satz nicht etwa verneinend abfasse [68]." Bei dem Beweise der Einreden wird natürlich eben so unterschieden. Die Regel ist auch hier: „daß Verklagter alle auf den Grund seiner Einrede sich beziehenden, von ihm bejahten Thatumstände, welche auf die Entscheidung Einfluß haben, und vom Kläger nicht eingestanden worden, beweisen muß; hingegen, was er nicht bejahet, sondern vielmehr verneinet, das braucht er, falls er keine Vermuthung wider sich hat, nicht zu beweisen, vorausgesetzt, daß es eine wahre verneinende Einrede sey, d. i. den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, welche sogar äußerlich das Gepräge einer Bejahung haben können; z. B. die Einrede, Kläger habe sich an der Gesetzfrist ver-

---

[68] Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. s. w. §. 80. a. b.

säumt, ist verneinend; denn sie bedeutet, er habe seine Obliegenheit nicht beobachtet; Kläger muß also darthun, daß er binnen der Zeit seiner Obliegenheit gemäß gehandelt habe. Hingegen eine bloß scheinbar, d. i. den Worten, nicht den Gedanken nach, verneinende Einrede, exceptio negativa praegnans, s. implicite adfirmans, wo in der That eine wahre Bejahung vorhanden ist, muß vom Beklagten erwiesen werden. Z. B. die Einrede, Kläger oder dessen Gut sey nicht frei, besteht in der Bejahung einer Dienstbarkeit; ferner die Einrede, Kläger sey nicht abwesend gewesen, enthält dem Gedanken nach die Bejahung, Kläger ist gegenwärtig gewesen, imgleichen der Ausdruck, die Sache ist ohne alles mein Verschulden nicht mehr vorhanden, bedeutet, die Sache ist verunglückt, so auch der Vorwand, die Sache ist nicht unwahr, zeigt an, sie ist wahr; denn eine doppelte Verneinung ist eine Bejahung, so wie, wenn der Beklagte leugnet, daß er die Schuld nicht bezahlt habe. Will demnach der Beklagte den Beweis einer wahren bejahenden Einrede von sich ablehnen, so muß eine für ihn streitende Vermuthung vorhanden seyn [69]." Da aber verneinende Sätze sich überhaupt leicht in bejahende, und diese wieder in jene umkehren lassen, so sieht ein Jeder, alles Andere bei Seite gesetzt, sehr bald ein, wie wenig dies Alles hinreichen würde, um nach dem Zwecke des angeführten Verfassers eine sichere Norm in vorkommenden Fällen zu haben. Die Erklärung, welche hier von der wahren und scheinbaren Verneinung gegeben wird, erfüllt diesen Zweck lange noch nicht. Denn es ist gut genug, zu sagen, daß eine wahre Verneinung es den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, seyn müsse, und man sieht wohl, daß der Verfasser auf den Inhalt des Satzes, nicht bloß auf die logische Form will gesehen wissen, wonach ein Satz bejahend oder verneinend ist, nachdem er das Subjekt mit dem Prädikat verbindet, oder dieses von jenem trennt. Daß das Letztere hier gar nicht in Betrachtung kommen könne, hat freilich seine Richtigkeit, da nichts leichter ist, als einen bejahenden Satz durch Umtauschung seines Prädikats mit einem entgegenstehenden in eine ganz identische Verneinung, und diese eben so in eine gleichbedeutende Bejahung willkührlich umzuschaffen. Ob man sagt, daß eine Person noch minderjährig, oder daß sie nicht großjährig sey, ist dem Inhalte nach eins

---

[69] Ebend. §. 132.

und dasselbe, obgleich der Form nach jenes bejahend und dieses verneinend ist. Woran erkennt man es aber, was diese Sätze an sich betrachtet und ihrem Inhalte, oder wie Schmidt sagt, den Gedanken nach, eigentlich sind? Das wollen wir eben wissen, und darüber giebt er uns keine nähere Auskunft. Von jener bejahenden Form kann man sagen, daß eine Verneinung, und von der verneinenden, daß eine Bejahung dabei zum Grunde liege. Dies bringt also die Sache nicht aufs Reine.

Ein neuerer Schriftsteller E. C. G. Schneider [70], welcher die Lehre, daß Verneinungen der Regel nach nicht bewiesen werden dürfen, gleichfalls vertheidigt, glaubt ein zuverlässiges Realkriterium des Bejahens und Verneinens angeben zu können, welches auf den Begriffen von Bleiben und Verändertwerden beruhe. „Der Satz nämlich, der die erfolgte Veränderung eines gewissen, als bekannt angenommenen, ursprünglichen Zustandes ausdrückt, ist ein bejahender, und derjenige, welcher die Fortdauer dieses Zustandes ausdrückt, ist ein verneinender Satz. Wenn ich also sage, A lebt noch, so ist mein Satz realverneinend, eben so gut, als wenn ich sagte, A ist nicht gestorben. Und wer dagegen behauptet, daß A nicht mehr am Leben sey, der drückt die durch seinen Tod erfolgte Veränderung des ursprünglichen Zustandes realbejahend aus. Wenn der Gläubiger zu seinem Schuldner sagt: Du bist mir das erhaltene Darlehn noch schuldig, so drückt sich nach dem Formalbegriffe, Jener bejahend, und Dieser verneinend aus. Nach dem Realbegriffe aber verhält sichs umgekehrt: denn Jener behauptet den fortdauernden, Dieser aber den durch die geschehene Tilgung veränderten Zustand." Ganz einleuchtend richtig und befriedigend ist dies aber nicht. Denn erstlich ist doch das Wesentliche aller Bejahung und Verneinung darin zu setzen, daß erstere ein gewisses Seyn, oder die Verbindung eines Prädikats mit dem Subjekte, letztere ein gewisses Nichtseyn, oder die Nichtverbindung des Prädikats mit dem Subjekte andeuten. Dies verkennt auch der angeführte Schriftsteller an sich nicht. Nun ist aber nicht abzusehen, warum der Satz: A lebt, oder lebt noch, da er doch offenbar ein Seyn oder ein noch fortgesetztes Seyn ausdrückt, und so auch jeder andere Satz, der ein Bleiben oder fortgesetztes Seyn andeutet, nicht als bejahend müßte angesehen werden. Zweitens würde das von

---

[70] Vollständige Lehre vom Beweise, §. 15. u. s. w.

dem Verfasser angegebene Realkriterium keineswegs erschöpfend seyn, um danach die Qualität aller und jeder in den Gerichten vorkommenden Thatsätze richtig bestimmen zu können. Wahr ist es, daß Handlungen, wodurch Etwas unternommen wird, und Begebenheiten, wodurch Etwas geschieht, allemal in einer Veränderung bestehen, und daß die Behauptung einer solchen Veränderung bejahend sey. Allein nicht immer ist in den Sätzen, bei denen die Frage vom Beweise vorkommt, von Handlungen und eigentlichen Begebenheiten, oder deren Unterbleiben, sondern oft auch von Eigenschaften und Verhältnissen — id quod facti est — die Rede. Hiefür giebt jenes Realkriterium nichts weniger, als eine zuverlässige Auskunft. Wenn behauptet wird, daß Jemand ein Sklave sey, daß das gekaufte Haus oder Pferd diesen oder jenen Fehler habe, daß dieser Fehler dem Käufer bekannt, oder doch ein offenbarer Fehler gewesen sey, sollen nun diese Sätze nach jener Vorstellung realbejahend oder verneinend seyn? Ersteres würden sie nicht seyn, da sie nicht gerade die Veränderung eines bisherigen Zustandes ausdrücken; aber auch das Letztere, nämlich verneinend in sofern nicht, als der Satz sich nur auf das vorkommende Vorhandenseyn, nicht auf das Bleiben oder Fortdauern eines gewissen als bekannt angenommenen ursprünglichen Zustandes im Gegensatz einer nicht eingetretenen Veränderung desselben beziehet. Die Frage ist, ob Jemand frei oder leibeigen sey, nicht ob er ursprünglich das Eine gewesen, und nachher erst das Andere geworden, oder Jenes geblieben sey. Drittens, es kann nicht fehlen, daß die von dem Verfasser als Hauptgrundsatz angenommene Regel: Neganti non incumbit probatio, nach jenem Realkriterium beurtheilt, in der Anwendung noch weniger mit den Gesetzen übereinstimmen würde, indem vermöge desselben noch manche Sätze in das Gebiet der Verneinungen gerathen, die man sonst doch unstreitig noch als bejahende hat gelten lassen. Die ganze Sache wird wenigstens dadurch noch immer schwankender, als sie es an sich schon ist. Wenn der Inhaber einer, auf die Lebenszeit eines Dritten, versicherten Leibrente die Auszahlung verlangt, so gründet er sich in der Thatsache, daß dieser Dritte noch am Leben sey, mithin nach des Verfassers Vorstellung in einer Verneinung, der Beklagte hingegen, der jene Thatsache, nämlich die Lebensfortdauer des Dritten, bestreitet, würde sich in der Bejahung einer entgegenstehenden Naturbegebenheit gründen. Die Frage ist also, wer den Beweis zu führen übernehmen müsse? Der Verfasser berührt diese Frage, erklärt

sich aber da, wo er sie aufwirft [71], nicht bestimmt darüber. Nach den vorhin vorgetragenen Grundsätzen [72] muß man indeß wohl annehmen, daß er dem Beklagten den Beweis, der Abwesende sey gestorben, auferlegt haben wolle. Diesem aber steht unstreitig entgegen, daß das Leben eines Menschen, so wie der Tod, res facti ist, und folglich das Eine so gut wie das Andere von dem erwiesen werden muß, dessen Antrag sich in jenem, oder in diesem gründet. Indem nun der Verklagte das Leben des abwesenden Dritten bestreitet, so wird dem Kläger offenbar ein Umstand abgeleugnet, dessen Wahrheit wesentlich bei der Leibrentenforderung als eine Bedingung, ohne welche diese nicht Statt findet, vorausgesetzt wird, und hieraus folgt von selbst, daß der Kläger den abgeleugneten Klagegrund — von dieser Seite und nicht bloß als Einrede des Verklagten muß die Gegenbehauptung des Letzteren betrachtet werden — zu beweisen schuldig sey. Daß ihn eine rechtliche Vermuthung des Lebens von diesem Beweise befreie, dafür giebt es keine gesetzliche Vorschrift, und was der Gerichtsgebrauch in andern Rücksichten bei der Erbfolge zu beobachten pflegt, steht hier ganz außer Anwendung.

Vielleicht würde man, wenn es darauf ankäme, die wahre und scheinbare, oder die Realverneinung von der bloß formalen zu unterscheiden, die Sache ganz einfach dahin bestimmen können, daß Sätze, die, in welcher Form sie auch vorkommen mögen, doch eigentlich nur durch die Vorstellung eines gewissen Nichtseyns, oder der Aufhebung des Gesetzten erkennbar sind, als an sich und dem Inhalte nach verneinend zu betrachten sind, dahingegen diejenigen, welche zwar in verneinender Form ausgedrückt werden, aber darum doch eigentlich durch die Vorstellung eines Seyns, oder durch das Setzen einer Sache erkennbar sind, nur bloß der Form nach als verneinend gelten können. Z. B. die Sätze; das Haus oder Gut ist frei, das Geld ist nicht bezahlt, sind an sich verneinend, da auch jener nicht anders, als durch die Verneinung, daß keine Lasten auf der Sache haften, näher bestimmbar ist; hingegen die Sätze; das Haus ist nicht frei, Cajus ist nicht minderjährig, würden nur der Form nach verneinend, an sich aber und dem Inhalte nach bejahend seyn, weil sie nur durch die Bejahungen erklärbar sind, daß das Haus mit

---

[71] S. 421.

[72] §. 26. S. 16.

Lasten beschwert ist, daß Cajus schon über 25 Jahre alt ist. Allein in der That kommt auf alles Dieses bei der Frage, wovon hier die Rede ist, eigentlich gar nichts an, da die ganze Regel, worauf es sich bezieht, an sich schon aus unleugbaren Gründen falsch ist, und verneinende Sätze so gut als bejahende von dem erwiesen werden müssen, dessen gerichtlicher Antrag darauf beruhet.

§. 16. Rechtsfälle, worin die Frage vom Beweise einer Verneinung vorkam.

Die Rechtshändel werden mithin allemal aus einem ganz falschen Gesichtspunkte beurtheilt, wenn die Urtheilsverfasser bei der Festsetzung des status controversiae und bei der Abfassung des Beweisinterlocuts nicht von der gehörigen Prüfung, was eigentlich in jure et facto zur Begründung der vorkommenden gegenseitigen Anträge wesentlich vorausgesetzt wird, ausgehen, sondern statt dessen sich durch die Vorträge der Parteien und ihrer Rechtsfreunde verleiten lassen, in die armselige Wortklauberei über die Qualität der Sätze hineinzugehen, und den Bejahungen nachzuspüren, um dem, der diese behauptet, mit der Last des Beweises anzudienen, und die Verneinungen dagegen in Schutz zu nehmen.

Leyser [73] erzählt folgende Fälle, die als Beispiele zur nähern Erläuterung dienen mögen. Ein Kaufmann gab vor, daß er der Post eine Geldsumme, die nach Nürnberg bestimmt gewesen sey, übergeben habe, daß das Geld aber weder in der Postcharte eingetragen, noch in Nürnberg angekommen sey. Er verlangte also von dem Postmeister, dem er es eingehändigt haben wollte, den Ersatz des Geldes. Der Beklagte leugnete in seiner Antwort die erwähnten Thatsachen insgesammt, und Kläger ward schuldig erkannt, diese zu beweisen. Er suchte zwar dagegen auszuführen, daß er mit dem Beweise bloßer Verneinungen, wie sie in der Klage vorkämen, nicht zu belästigen sey. Allein die Fakultät zu Wittenberg bestätigte den vorigen Ausspruch; theils weil der Klagevortrag sich in Verneinungen gründete, theils weil diese hier auch leicht durch die Abhörung dessen, an den das Geld hätte gelangen sollen, und mittelst der Postcharte, die der Beklagte auf des Klägers Verlangen ediren

---

[73] Med. ad Pand. sp. 255. m. 3. 4. vergl. *Müller* ad eund. Tom. III. obs. 450. pag. 67.

müsse, zu beweisen wären. Leyser selbst war ganz anderer Meinung, und fand beide Entscheidungsgründe höchst unzutreffend. Wahr ist es, was den ersten betrifft, daß, wenn doch ein Mal der Satz: neganti non incumbit probatio, in der gewöhnlichen Bedeutung, als Regel angenommen wird, alsdann die Ausnahme: nisi quis in negativa se fundet, etwas sonderbar ausfällt; und Leyser hatte in sofern ganz recht, wenn er dagegen vorher erinnerte, daß dies eben so viel sey, als behaupten, daß der Verneinende immer beweisen müsse, da von dem Beweise eines Satzes überhaupt nur dann die Rede seyn könnte, wenn sich ein gerichtlicher Antrag darauf gründete, mithin eine Ausnahme, welche die ganze Regel an sich schon aufhöbe, nicht anzunehmen sey. Den zweiten Grund verwarf er darum, weil es, um von jener Regel abzuweichen, nicht genügte, daß der Beweis einer Verneinung in irgend einem Falle wohl ein Mal möglich wäre, da doch die entgegengesetzte Bejahung sich wenigstens immer leichter beweisen ließe. In diesem Einwurfe wird man aber nicht füglich Leyser beipflichten können, wenn man anders zugeben muß, daß die Auflegung des Beweises nach Rechtsgründen, nicht aber nach der größern oder geringern Schwierigkeit, ihn zu führen, bestimmt werden müsse. Indeß war vielleicht in einem andern Betrachte dem Kläger doch zu nahe geschehen. Nicht, weil man ihm negativam zu beweisen aufgebürdet hatte, denn darauf würde nichts ankommen, sondern weil man über seinen Klagegrund hinausgegangen, und ihm mehr zu beweisen auferlegt war, als dieser selbst eigentlich voraussetzte. Mehr, als daß er die Gelder dem Postmeister übergeben habe, war nicht nöthig, um den Verklagten wegen seiner Verbindlichkeit, das Empfangene nach dem bestimmten Ort, so weit es ihm oblag [74], zu befördern, in Anspruch zu nehmen. Die Annahme des ihm Anvertrauten war also schon ein hinreichender Grund, ihn zur Wiedererstattung zu verurtheilen, wenn er seiner Seits nicht zeigen konnte, daß es da, wohin er es zu liefern hatte, richtig angekommen sey. Dem Kläger lag also auch nur ob, jene Abgabe

---

[74] D. i. zur nächsten Station. — Eine andere Meinung Leysers spec. 66. med. 6. von der Verpflichtung mehrerer Postmeister auch einzeln in solidum ist nicht füglich anzunehmen, und die Correalverbindlichkeit mehrerer Depositarien, welche die Sache zugleich und gemeinschaftlich aufbewahren müssen, kann hier nicht angewandt werden, wo jeder Einzelne seine Schuldigkeit ganz erfüllt, wenn er die Sache an den Nächstfolgenden befördert hat.

des Geldes an den Beklagten zu beweisen. Daß er dabei in der Klage angeführt hatte, Verklagter habe seiner Verbindlichkeit nicht genügt, das Geld nicht in die Postcharte eingetragen, und dasselbe sey zu Nürnberg nicht angekommen, alles dieses gehörte eigentlich nicht mehr zum Grunde der Klage an sich, sondern betraf die mögliche Erwiederung des Beklagten, daß er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, und konnte daher dem Kläger nicht zum Beweise ausgestellt werden. Es geschieht ja täglich, daß der Kläger in seinem Libell anführt, Beklagter habe das Schuldige, aller gütlichen Erinnerung ungeachtet, nicht geleistet; und doch wird es wohl nicht leicht einem Richter einfallen, dem Kläger den Beweis dieses Anführens aufzulegen, oder wenn er ihn, wie billig, damit verschont, den Grund nur aus der verneinenden Angabe herzunehmen.

In einem andern Rechtsstreit ward dem klagenden Pachter der Beweis auferlegt, a. daß er von dem zum Gute gehörigen Vieh des Verpachters Nichts zurückbehalten, und b. daß er die Gebäude nicht in einem verschlimmerten Zustande zurückgelassen hätte [75]. Dies veranlaßte einen neuen Rechtsgang über die Frage, in wiefern dem Kläger der Beweis einer Verneinung anzusinnen sey? Man hätte aber diesen Punkt ganz bei Seite setzen können, und Alles, was hierüber sowohl in den Verhandlungen der Parteien, als auch in den Entscheidungsgründen des anderweitig ergangenen Urtheils vorkam, verfehlte die richtige Ansicht der Sache gänzlich. Beide Beweissätze ergeben, daß dem Kläger die Nichterfüllung dessen, wozu ihn der Contrakt, und zum Theil auch schon die Natur des Rechtsverhältnisses verband, entgegengesetzt seyn muß. Ad a war es nun die sogenannte exceptio non impleti, und ad b. non rite nec debito modo impleti contractus. Ohne weitere Rücksicht auf bejahende und verneinende Behauptungen war also der Kläger schuldig, den ersten Punkt durch den Beweis, daß er das sämmtliche Vieh wieder abgeliefert hatte, zu elidiren, dahingegen ad b. dem Beklagten oblag, die fehlerhafte Beschaffenheit der Gebäude, wofür der Kläger verantwortlich seyn sollte, gehörig darzuthun. In der Sache selbst ward auch in der zweiten Instanz so erkannt, aber freilich nur aus den unzulänglichen Gründen, die man hier in der Qualität der Sätze, nach Form und Inhalt betrachtet, anzutreffen glaubte.

---

[75] *Leyser* ibid. med. 3.

4.

Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derselben.

§. 17. Freiwillige Uebernahme der Beweisführung.

Daß ein streitender Theil freiwillig einen Beweis übernehmen könne, den er eigentlich zu führen entweder überhaupt oder zur Zeit noch nicht verpflichtet wäre, leidet zwar der Regel nach keinen Zweifel [76]. Aber schuldig ist er dazu nur in sofern, als die Thatsache, worauf der Beweis zu richten ist, zur Begründung eines Antrags gehört, durch welchen er Rechte und Befreiungen von Rechten Anderer nunmehr geltend zu machen sucht. Also I. nur darauf kommt es an, ob die Thatsache, wovon die Rede ist, zur Begründung seines erwähnten Antrags gehört; mehr, als diese Begründung nothwendig erfordert, braucht er nicht zu beweisen; II. ob er jenen Antrag schon geltend zu machen sucht, folglich die Reihe des Beweises ihn treffen kann. Hingegen III. darauf, ob er eine solche Bedingung seines Antrags selbst für sich angeführt habe oder nicht, kommt es hier wesentlich gar nicht an, noch weniger, wie in dem vorigen Aufsatze gezeigt ist, darauf, ob es verneinende oder bejahende Sätze sind, welche diese Bedingung ausdrücken; genug, daß der Antrag darauf beruhet, und daß IV. die Thatsache nicht schon zugestanden, oder wirklich ausgemacht ist. Alles dieses wird zum Theil noch Etwas näher zu erläutern seyn.

§. 18. Was zur Begründung eines Rechts u. s. w. gehört, muß bewiesen werden, mit sorgfältiger Unterscheidung des Grundes der Klagen, Einreden und ferneren Vorträge.

I. Die vorzüglichste Schwierigkeit bei Bestimmung der Frage: Wer beweisen müsse? kommt in der Anwendung daher, daß die

---

[76] L. 14. D. de probat. (Note 17.) Von anticipirten Beweisen handelt Gönner Handb. d. Proz. II, S. 266. 286. besonders Abh. 40. S. 316. f. *Mittermaier im Archiv f. civ. Praxis. I, No. VIII. XV.* Wenn der Verklagte den Klagegrund geleugnet hat, und sich doch, ehe dieser bewiesen worden, auf den Beweis seiner Einreden einläßt, so ist das unstreitig ein anticipirter Beweis.

Richter nicht sorgfältig genug die Thatsachen, welche eigentlich das Fundament des Klagevortrags, der Einreden, der Replik und der Duplik u. s. w. ausmachen, zu bestimmen und zu unterscheiden suchen. Freilich erfordert das eine gründliche Kenntniß dessen, was der Antrag, sowohl des Klägers, als des Beklagten, wesentlich voraussetzt. Dies muß ein Jeder, wenn der Gegner es nicht zugesteht, beweisen [77], mehr darf ihm aber auch in diesem Betrachte darzuthun nicht angesonnen werden.

Die Begründung eines Rechts, einer Forderung, einer Befreiung oder Gegenforderung erheischt aber nichts mehr, als was zunächst in Beziehung auf dieses Recht oder diese Befreiung, wovon die Rede ist, wesentlich und als Regel vorausgesetzt wird; die Thatsachen, welche hiezu gehören, müssen bewiesen werden, nicht aber auch außerdem noch die allgemeinen Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, die Abwesenheit der Hindernisse, die der Gültigkeit oder Wirksamkeit eines Vorganges entgegentreten können. Wer aus einem Darlehn, aus einem Kaufcontrakt u. s. w. klagt, hat nichts weiter zu beweisen nöthig, als daß er, oder sein Vorgänger dem Beklagten, oder dem, an dessen Fakta dieser gebunden ist, das Geld angeliehen, mit ihm den Contrakt u. s. w. geschlossen habe, nicht aber, daß der andere Contrahent zu der Zeit großjährig, sanae mentis, und überhaupt über das Seinige zu verfügen befugt gewesen sey. Dies gehört keineswegs zu Bewahrheitung des Vorganges selbst, worauf die Forderung gegründet wird. Dieser schränkt sich darauf ein, daß das Geld angeliehen, daß gegenseitige Einwilligung zum Kaufe, oder zu irgend einem andern Handel erklärt sey. Damit hat also der Kläger sein Recht oder seine Forderung an sich gerechtfertiget. Will aber der Beklagte aus physischen oder rechtlichen Gründen, die verbindende Kraft oder Gültigkeit des äußerlich zum Zweck der Klage begründeten Vorganges bestreiten, so liegt es ihm ob, die Ausflüchte, die er daraus hernimmt, gehörig zu bewahrheiten.

---

[77] L. 4. D. de probat. „Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugisse.“ Daß der gekaufte Sklave nach geschlossenem Kaufe davon gegangen ist, berechtigt den Käufer noch nicht, sich an den Verkäufer zu halten, wenn er nicht beweisen kann, daß der Knecht schon vor dem Kaufe fugitivus war. *Pothier* Pand. Justin. tit. de probat. n. 17. Vergl. auch l. 15. 21. D. ibid. und l. 3. 12. 21. u. C. eod.

Wer daher gemeine oder gleiche Rechte in unleugbaren, oder gegenseitig anerkannten Verhältnissen geltend zu machen sucht, darf den Beweis, daß in Ansehung seiner besondere Hindernisse, Ausnahmen, oder Einschränkungen eintreten, allerdings vom Gegner erwarten [78].

Wer aber ein besonderes Recht, was selbst eine Ausnahme von der Regel mit sich führt, zu verfolgen sucht, der muß auch natürlich die besondern Verhältnisse, welche das jus singulare voraussetzt, beweisen. Hieraus erklärt es sich von selbst, warum derjenige, der einen Handel der Minderjährigkeit wegen anfechten, oder sonst beneficia aetatis geltend machen will, den Beweis des minderjährigen Alters übernehmen, nicht aber der Gegner den Beweis der Großjährigkeit führen müsse. Es ist gar nicht nothwendig, vielmehr ganz unrichtig, hiebei erst noch besondere Rechtsvermuthungen einzumischen. An sich wird weder die Großjährigkeit, noch die Minderjährigkeit vermuthet. Genug, daß Hindernisse der Gültigkeit eines Geschäfts oder der Erwerbung eines Rechts in Fällen, wo beide der Regel nach Statt finden, imgleichen Verhältnisse, welche Ausnahmen von der Regel des Rechts erzeugen sollen, nicht vermuthet werden. Dies bringt den Beweis von selbst auf den, der ihn eigentlich führen muß. Höchst unschicklich sind hier alle bestimmten Vermuthungen im Gegensatz. Wenn sich wohl sagen läßt, daß das minderjährige Alter nicht vermuthet werde, so läßt sich doch darum noch keine rechtliche Vermuthung für die Großjährigkeit eines Subjekts aussagen [79].

§. 19. Fortsetzung.

Celsus [80] erzählt einen Rechtsfall, der im Ganzen hier zur Erläuterung dienen kann. Ein Testator hatte Jemandem eine gewisse Quantität im Testamente, und eben so viel auch im Codicill vermacht. Der Legatar forderte also beide Summen. Der Erbe

---

[78] L. 5. de probat. S. Aufsatz II, Note 1. Cap. ult. X. de praesumt. im vorhergehenden Aufsatz V, Note 13.

[79] Wie das wohl einmal auctoritate *Menochii* de praesumt. II, 50, 1 vorkommt. *Vergl. B. Hollweg a. a. O. S. 353.

[80] L. 14. D. de probat. (Note 34.)

wollte nur das Einfache zahlen. Es kam darauf an, ob der Testator, da der Nachzettel gerade dieselbe Summe bestimmte, etwa dessen, was er schon im Testamente geordnet hatte, nicht eingedenk gewesen war, ob er das erste Vermächtniß nur habe wiederholen, oder verdoppeln wollen. Wem sollte daher der Beweis auferlegt werden? Beim ersten Anblick, sagt der Jurist, möchte es scheinen, dem Legatar, als Kläger. Dennoch ward für das Gegentheil entschieden. Denn die Forderung des Legatars ward durch das Testament und durch den Nachzettel auf beide Summen hinlänglich begründet. Die Gegenbehauptung, daß der Testator in beiden Verfügungen nur eins und dasselbe gemeint habe, gehörte zu den Einreden des Erben, die er auch beweisen müßte. Hieraus ergiebt sich für ähnliche Fälle die Anleitung, daß vor allen Dingen wohl zu prüfen sey, ob die Gegenbehauptung des Beklagten, er mag sie einkleiden, wie er will, zu den bloßen Bestreitungen der Wahrheit des Klagegrunds, oder zu den Einreden, wodurch auch die begründete Klage abgelehnt werden soll, zu rechnen sey. In dem angeführten Rechtsfalle hatte der Kläger seiner Seits beigebracht, was man zur Begründung seiner Klage von ihm nur verlangen konnte, ein doppeltes Vermächtniß, in zwei verschiedenen Urkunden angeordnet. Eine weitere Darlegung der Absicht des Testators, und daß dieser sich nicht versehen, sondern wirklich das gewollt habe, was die zwiefache Verfügung mit sich brachte, alles dieses gehörte nicht mehr zur Begründung der durch das Testament und den Nachzettel hinlänglich documentirten Klage; daher in diesem Betrachte die Gegenbehauptung des Erben von diesem auch erwiesen werden mußte. Käme aber dergleichen Wiederholung selbst im Testamente an verschiedenen Stellen ohne nähere Erklärung vor, so würde vermöge einer andern Entscheidung [81] die Klage des Legatars auf beide Summen durch das Testament allein noch nicht für hinlänglich begründet zu achten seyn;

---

[81] L. 34. §. 3 D. de legat. I. „Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse. Idemque et in fideicommisso constituit. Ejusdem rei ratio evidens est: quod eadem res saepius praestari non potest; eadem summa volente testatore multiplicari potest.“ vergl. was species certas anbetrifft. §. 1. 2. 4. ibid. Westphal von Vermächtnissen II. S. 1345.

mithin ward dort dem Legatar ein besserer Beweis auferlegt, daß der Testator ihm die Summe nicht einfach, sondern doppelt zugedacht habe.

§. 20. Anwendung auf diejenigen Fälle, in welchen über die Veranlassung eines Schadens und die Verantwortlichkeit dafür gestritten wird.

Wenn Jemand die Verbindlichkeit, einem Andern Etwas zu leisten, oder für einen gewissen Nachtheil zu haften, anerkennen muß, und solche an sich nicht ablehnen kann, so gehört jeder Vorwand, wodurch er sich außer Schuld zu setzen sucht, zu den Ausflüchten, die er, da sie nur auf seine Befreiung abzielen, beweisen muß. Die Obrigkeit, welche für tüchtige Vormünder und Bürgen zu sorgen hat, kann daher, wenn sie actione subsidiaria belangt wird, und dagegen vorschützen will, daß die Vormünder und beziehungsweise Bürgen zur Zeit der Bestellung und Annahme nicht untüchtig, sondern sicher und gut gewesen wären, den Beweis dieser Behauptung nicht ablehnen [82].

§. 21. Fortsetzung.

Ueberhaupt ist die Frage, welchem der streitenden Theile die Beweisführung obliege, wenn es zweifelhaft ist, ob ein entstandener Schaden durch Vorsatz, oder Fahrlässigkeit, oder durch Unglücksfälle veranlaßt sey? bekanntlich unter den Rechtsgelehrten streitig. Es wird nicht nöthig seyn, uns hiebei mit einer weitläufigen Angabe der verschiedenen Meinungen aufzuhalten [83]. Die Schwierigkeiten,

---

[82] L. 1. §. 13. D. de magistr. conven. „Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.“ L. 3. de probat. „Ex persona collegae avi vestri conveniri non debetis, si eundem collegam tempore depositi officii (solvendo) fuisse ostenderitis. L. 11. D. ibid. Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.“

[83] Man vergleiche hierüber *Leyser* Medit. ad Pand. sp. 176. m. 5. u. 6. Höpfner Commentar d. Institut. §. 761. N. 4. Glücks Pandekten Th. 4. §. 324. und 327. Meister prakt. Bemerk. aus d. Civil- und Criminalr. II. 6. *Wehrn* doctr. jur. de damno §. 20. C. G. Schmidt Commentar von ge-

welche dieser Punkt in der Theorie, und in der Beurtheilung vorkommender Rechtshändel zu haben scheint, werden sich sehr verlieren, wenn man auch hier nur vor allen Dingen genau zu unterscheiden sucht, was eigentlich zur Begründung der angestellten Klage oder der Replik des Klägers und was dagegen zur Rechtfertigung der Einreden oder der Duplik des Beklagten gehört. Hat man dies erst gehörig aufs Reine gebracht, so wird kaum noch ein Zweifel weiter Statt finden, was jener, und was dieser zu beweisen habe. Die allgemeine Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann also keine andere als diese seyn: Jeder Theil muß den Umstand, worauf es ankommt, also die gegenseitige Verschuldung, oder die Veranlassung eines Erfolgs durch Unglücksfälle beweisen, in sofern die Ansprüche auf Rechte oder Befreiungen, die er eben geltend zu machen sucht, von der Wahrheit dieser Thatsachen abhängen. In der Anwendung aber muß auf die besondern Verhältnisse gesehen werden, welche das Recht des Einen, und die Verantwortlichkeit des Andern in Ansehung des vorkommenden Gegenstandes näher bestimmen. Unstreitig muß derjenige, dessen Antrag, den er gegenwärtig geltend zu machen sucht, Dolus oder Culpa des Gegners zu seiner Begründung nothwendig voraussetzt, diesen faktischen Grund auch in Gewißheit setzen, so wie im Gegentheil derjenige, welcher an sich begründete Ansprüche Anderer jetzt nur noch durch den Vorwand unverschuldeter Unglücksfälle oder einer Verschuldung des Gegners abzulehnen vermag, solches unstreitig beweisen muß, wenn er nicht sachfällig werden will. Wird also Jemand Erstlich wegen der Beschädigung oder des Ruins einer Sache in Anspruch genommen, derentwegen ihm keine besondere Pflichten der Aufbewahrung oder Vorsorge (diligentia, custodia) oblagen: so ist es wohl sehr einleuchtend, daß derjenige, der ihn gleichwohl der Sache wegen in Anspruch nehmen will, den Beweis übernehmen müsse, daß der Beklagte vorsätzlich, oder durch eine ihm zur Last fallende Unachtsamkeit den Schaden verursacht habe. Der Beschädigte ist hier immer in dem Falle sich einer Klage, sey es ex L. Aquilia, in factum,

---

richtl. Klagen. Th. 4. §. 958. *Die Verdienste der neuesten Schriftsteller um diese Lehre sind bekannt, Vergl. aber wegen der Beweislast besonders Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 147. II, u. desselben Entw. des Civil-Proz. S. 158. f.

condictio furtiva etc. zu bedienen, welche Dolus oder Culpa des Gegners bestimmt voraussetzt und wird also natürlich auch diese Thatsachen darthun müssen *). — Zweitens. Ganz anders verhält es sich, wenn der Beklagte wegen solcher Sachen belangt wird, die er einem Andern zu geben, oder zurückzuliefern hatte, deren custodia ihm also oblag, *oder wobei er zur diligentia verpflichtet war.* Hier ist die Klage, wodurch die Ablieferung oder Zurückgabe der Sachen, und in deren Ermangelung des Werthes derselben, gegen den Beklagten verfolgt wird, durch das erwähnte Rechtsverhältniß, worin er in Ansehung des Objekts der Klage steht, an sich schon hinreichend begründet. Es bedarf also des Umstandes, daß der Beklagte vorsätzlich, oder durch Fahrlässigkeit Schaden oder Verlust zuwege gebracht habe, zur Rechtfertigung der Forderung des Klägers gar nicht. Dieser verlangt vielmehr seine Sache, und was der Beklagte ihm zu geben schuldig ist, aus dem Contrakt oder irgend einem andern Verhältnisse, welches dem Gegner jene Verbindlichkeit auflegt. Mehr als den Contrakt, oder dies Verhältniß, braucht also auch der Kläger nicht zu beweisen. Folglich gehört es offenbar zu den Einreden des Beklagten, wenn er sich mit einem nicht verschuldeten Untergang, einer ihm nicht zur Last fallenden fremden Entwendung oder Beschädigung der Sache schützen will. Hier kann er also nicht den Beweis seiner Verschuldung vom Kläger verlangen, sondern ihm, dem Beklagten, kommt es zu, die erwähnten Einreden zu beweisen [84]. Führt der Kläger im Voraus

*) Vergl. l. 18. §. 1. D. de probat. „Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.“ Collmann a. a. O. S. 30.

[84] L. 5. C. de pign. act. „Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet.“ — L. 9 §. 4. D. locati. „Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, judicio locati casum praestare non cogeris, atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas reciperabis.“ L. 3. §. 1. D. commodati. „Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facta redditur), nisi quod interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur. *Vergl. Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 147. Note 6. Puchta Pandekten §. 267. a. E.

dagegen mittelst anticipirter Replik in der Klage an, daß die Sache von dem Gegner dolo oder culpa beschädigt sey, so ist dies doch dann erst zu beweisen, wenn die Reihe der Beweisführung an die Replik des Klägers kommt, d. i. wenn Beklagter zuvor den faktischen Grund seiner Einreden, mithin eine solche Veranlassung des Untergangs oder der Beschädigung der Sache beigebracht hat, die, so wie sie von ihm erwiesen ist, seiner Seits keine Verschuldung mit sich führt, folglich ihn von den Ansprüchen des Klägers befreien muß, wenn dieser nicht jetzt dagegen zu zeigen vermag, daß ohne des Beklagten Verschulden oder ungebührlich verzögerte Pflichterfüllung (mora) der bewiesene Unglücksfall die Sache nicht getroffen haben würde, oder daß Beklagter die Mittel, um den nachtheiligen Erfolg abzulehnen oder zu mindern, nicht angewandt habe (casus mixtus). Drittens, wenn Jemand zur Besorgung gewisser Geschäfte verpflichtet ist, und sich mit der Unmöglichkeit der Ausführung, oder mit deren Behinderung zu entschuldigen sucht, so versteht es sich wol von selbst, daß er den Beweis der Thatsachen, worauf sich diese Einreden gründen, nicht ablehnen könne, und daß er besonders auch darthun müsse, wie er seiner Seits das ihm Obliegende, so weit es thunlich war, befolgt, die Erreichung des Zwecks, so lange die Unmöglichkeit derselben noch nicht entschieden war, zu bewirken, und die Hindernisse abzulehnen versucht habe. Jene Unmöglichkeit einer Ausführung kann dem keine Ausflucht geben, dessen Pflicht es war, ihr bei Zeiten zuvorzukommen, und der gleichwohl die Mittel hiezu außer Acht ließ. Dies ist es also, worüber er sich rechtfertigen muß *).

§. 22. Fortsetzung.

Gesetzt nun, ein geliehenes oder gemiethetes Pferd oder irgend eine andere Sache kommt in den Händen des Miethers oder Borgers um, oder wird beschädigt wieder geliefert, so entsteht die Frage: ob diese nachtheilige Veränderung durch Mißbrauch und Pflichtwidrigkeit des Inhabers, oder durch Unglücksfälle, wenigstens durch solche Ursachen veranlaßt sey, die der Miether oder der Leiher nicht zu vertreten hat? Soll also der Kläger Jenes oder der Beklagte

*) Vergl. bes. l. 21. C. Mandati, u. Note 88.

Dieses beweisen? Nach den angeführten Gründen liegt unstreitig dem Beklagten, wenn er aus dem Mieth= oder Leihcontracte belangt wird, der Beweis ob, daß der Grund des Untergangs oder des Schadens, den die Sache erlitten, entweder in einer schon in ihr vorhanden gewesenen Beschaffenheit gelegen hat, oder doch überhaupt durch pflichtmäßige Sorgfalt nicht habe vermieden werden können. Kann er diesen Beweis nicht führen, so ist und bleibt er schuldig, den Kläger zu entschädigen, ohne daß dieser mit dem Beweise einer vorsätzlichen oder culposen Pflichtwidrigkeit, wodurch der Beklagte den nachtheiligen Erfolg veranlaßt hätte, zu belästigen wäre, da der Contrakt den Kläger unstreitig berechtigt, die Sache in dem Zustande, wie er sie dem Beklagten geliefert hat, wieder zu fordern, und der Beklagte dieser Forderung gerecht werden muß, wenn die Gegenbehauptung, daß der Schade durch Unglücksfälle, oder ohne eine von ihm zu verantwortende Schuld erfolgt sey, nicht außer Zweifel zu setzen vermag [85]. Wahr ist es, wie Garve [86] richtig bemerkt, ein Verleiher, der eine schadhafte Sache verborgt, ohne es anzuzeigen, und, im Fall ihr ein Unglück begegnet, den ganzen Werth derselben zur Schadloshaltung fordert, sucht im Grunde Andere eben sowohl zu bevortheilen, als der Verkäufer, welcher eine schlechte Waare für gut verkauft. Und einen solchen Betrug können doch die Richter unmöglich unterstützen. Auf der andern Seite aber, was der angeführte Schriftsteller gleichfalls nicht in Abrede ziehet, würde doch auch der Mißbrauch und die Verwahrlosung fremden Eigenthums gegen Recht und Billigkeit begünstigt, so wie die Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache an Andere zu sehr erschwert werden, wenn der Ausleiher oder Vermiether mit Beweisen jener Art, wozu es ihm sehr leicht an allen Mitteln fehlen kann, belästiget

---

[85] *Vergl. Mühlenbruch Civilpr. a. a. O. Borst Beweisl. §. 81.* Der hievon abweichenden Lehre Meisters in den prakt. Bemerkung. Th. 2. Nr. 6. S. 86. kann man nicht ganz beistimmen. Denn ob der Schade unverschuldet seyn konnte, darauf kommt es nicht, sondern nur darauf an, ob er es war. Eben, weil die Sache so und anders seyn kann, ist sie zum Beweise zu verstellen, sonst müßte dieser ganz wegfallen. Aber daß darum, weil die Behauptung des Beklagten möglich ist, der Kläger den Beweis des Gegentheils übernehmen müsse, folgt gar nicht. Schwierig kann der Beweis auf beiden Seiten seyn, aber das thut hier nichts zur Sache.

[86] Anmerk. zu M. Payley's Grunds. der Moral und Polit. II, 512.

werden sollte [87]. Der Vortheil des Publicums vereinigt sich also hier, wie Garve mit Recht hinzufügt, mit den Begriffen der Billigkeit, den Rechten des Eigenthümers den Vorzug zu geben, und in zweifelhaften Fällen eher den Nießbrauchenden, als ihn leiden zu lassen.

§. 23. Fortsetzung.

Folgender Rechtsfall ist hier merkwürdig. Ein Kaufmann hatte von einer gewissen Assecuranzcompagnie Etwas zu fordern. Er trug einigen Handlungsfreunden auf und diese übernahmen es, die Berichtigung des Rückstandes bestens zu betreiben. Die Sache blieb aber unausgeführt, es erfolgte weder Geld noch Berechnung, und am Ende waren die Schuldner freilich nicht mehr zahlungsfähig. Der abwesende Gläubiger belangte also seine Bevollmächtigten actione mandati, und zog sie wegen des übernommenen, aber nicht besorgten Auftrags, zur Verantwortung. Die Beklagten wandten vor, daß sie ihrer Seits es an der gehörigen Einforderung nicht fehlen gelassen, aber des angewandten Fleißes ungeachtet nichts hätten erhalten können. Der Kläger bestritt die Wahrheit dieses Vorgebens, und es kam darauf an, wer den Beweis zu führen habe? der Kläger, daß Beklagte negligentes in exigendo gewesen wären, oder diese, daß sie zur Erfüllung des Auftrags das Nöthige versucht, aber nichts hätten erhalten können? In erster Instanz ward dahin erkannt:

> Daß Kläger, wasmaßen Beklagter in Beitreibung des Einschusses von der dritten Assecuranzcompagnie sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, Beklagtens Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen schuldig.

Das Urtheil ward zwar in der Restitutionsinstanz bestätigt; allein das vom Kläger abermal dagegen eingewandte Rechtsmittel hatte die Aktenversendung, und darauf ein ganz entgegenstehendes Erkenntniß zur Folge:

> Nunmehr so viel zu befinden, daß das Interlocut vom u. s. w. nicht zu bestätigen, noch in Gemäßheit desselben Klägers, wasmaßen Beklagter in Beitreibung eines Einschusses von der dritten Assecuranzcompagnie sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, zu beweisen schuldig,

---

[87] Die Eidesdelation, worauf ihn Meister zurückweiset, ist leider, wie die Erfahrung zeigt, sehr mißlich.

sondern es ist Beklagter die 2100 Mark Bco sammt Zinsen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage, gegen Cession der desfallsigen Forderung an die Concursmasse, an Klägern zu bezahlen schuldig, er könnte und wollte denn beweisen, daß er an seinem möglichsten Fleiße in Beitreibung sothanen Einschusses nicht ermangeln lassen, oder daß, alles anzuwendenden Fleißes ungeachtet, derselbe nicht zu erhalten gewesen.

Die Beklagten veranlaßten durch die hiegegen gesuchte Revision einen neuen Rechtsgang, und es gelang ihnen durch das vierte Urtheil, die Herstellung des erstern zu bewirken, wodurch das Interlocut erster Instanz wiederhergestellt wurde. Nach meiner Ueberzeugung war aber das vorige Urtheil, welches hier aufgehoben ward, den Rechten so gemäß, daß es billig dabei hätte bleiben müssen. Denn die Thatsachen, deren Beweis darin gefordert ward, gehörten allerdings zu den Einreden der Beklagten, und mit Recht ward ihnen daher die Beweisführung zur Pflicht gemacht [88]. Der Rechtssatz, daß der Kläger seinen Klagegrund beweisen müsse, konnte hier nicht zum Vortheil der Beklagten angewandt werden, da diese den übernommenen Auftrag, die Bezahlung der Gelder für Klägern zu befördern, bereits zugestanden hatten, folglich die Klage an sich schon hinlänglich begründet war [89], und jetzt nur darauf ankam, ob sie die nicht geschehene Erfüllung dieses Auftrags zu rechtfertigen vermochten, welches offenbar zu den von ihnen zu beweisenden Einreden gehörte [90].

---

[88] L. 11. D. de probat. (Note 82.) L. 27. §. 2. D. mandati. „Qui mandatum suscepit, si potest id supplere, deserere promissum officium non debet; alioquin, quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit explere se id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare: ut is, si velit, alterius opera utatur, quod si, cum possit nunciare, cessaverit, quanti mandatoris intersit, tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, secursus erit."

[89] L. 5. §. 1. ibid. „Et si susceptum non impleverit, tenetur. L. 6. §. 1. ibid. Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus; nec recte negotiorum gestorum cum eo agitur. nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit; denique tenetur, etsi non gessisset." — cit. L. 27. §. 2 ibid. (Note 88.)

[90] L. 23. 24. 25. D. ibid. „Sane si valetudinis adversae, vel capitalium inimicitiarum, seu ob inanes rei actiones, seu ob aliam justam causam excusationes allegat: audiendus est." — Natürlich muß er sie aber beweisen. Vergl. die Noten 82. u. 88. L. 19. pr. D. de probat. (Note 1. a.)

§. 24. Fortsetzung.

Leyser, und mit ihm auch andere Rechtslehrer [91], sind der Meinung, daß der Kläger jedenfalls dann immer die Culpa des Beklagten beweisen müsse, wenn er diese selbst in dem Klagevortrag behauptet hätte. Ich will die Vorsicht nicht mißbilligen, welche man in diesem Betrachte dem Kläger empfiehlt, dergleichen Anführungen zu vermeiden, wenn er ohne sie doch seinen Zweck erreichen kann. In der That aber sollte doch bei der Bestimmung des Beweises nur auf das Rücksicht genommen werden, was die angestellte Klage zu ihrer Begründung wirklich erfordert, und es daher dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er, oder sein Anwalt, Dinge einmischt, die eigentlich nicht zum Klagegrunde gehören. So lange also nicht ganz bestimmt erhellet, daß der Kläger wirklich diejenige Art der Rechtsverfolgung, welche durchaus den Beweis des angeführten Umstandes erfordert, z. B. actio legis Aquiliae, statt der leichter auszuführenden Contraktsklage gewählt haben wolle, handelt der Richter pflichtmäßig, wenn er das dem Kläger vortheilhaftere Rechtsmittel als dessen eigentliche Absicht annimmt [92], und darnach die Beweisführung festsetzt, das Uebrige aber, als anticipirte Repliken, zur Zeit auf sich beruhen läßt, z. B. wenn gegen einen Gastwirth actio de receptis angestellt, und beiläufig in dem Klagevortrag von einer Vernachlässigung dessen, was Beklagter eigentlich hätte thun können oder müssen, angeführt wird. Doch davon überhaupt in der Folge mit Mehrern (§. 34. 35. 41.).

§. 25. Fortsetzung.

Viertens (§. 21.). Der Beklagte, welcher sich auf Unglücksfälle, oder auf eine Unmöglichkeit in Ansehung dessen, was er hätte

---

§. 1. ibid. „Cum quis promisisset, judicio se sisti, et Reipublicae causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet.

[91] *Leyser* medit. ad Pand. sp. 176. med. 5. et 6. C. G. Schmidt Commentar von gerichtl. Klagen u. s. w. Th. 4. §. 960. n. 6. Meisters praktische Bemerk. II, 6, 2.

[92] L. 66. D. de judiciis. „Si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit: id, quod utilius ei, accipiendum est.“

thun sollen, beruft, muß eine solche Art des Untergangs oder der Beschädigung, oder solche Hindernisse in Ansehung seiner Obliegenheit beibringen, welche ihn an sich von aller Verantwortlichkeit frei darstellen *). Will alsdann der Kläger dennoch behaupten, daß gleichwohl hiebei eine Verschuldung des Beklagten vorgegangen sey, ohne welche der nachtheilige Erfolg hätte vermieden werden können: so muß er freilich die Thatsachen, worauf diese seine Replik **) sich gründet, beweisen. Was aber nun in vorkommenden Fällen als bloß zufälliger oder als verschuldeter Schaden zu betrachten, und daher zum Beweise des Einen oder des Andern hinreichend sey, läßt sich nicht durch Regeln festsetzen, sondern hängt von der Beurtheilung der besondern Umstände ab, wonach der Richter es zu bestimmen hat, ob der streitende Theil, dem der Beweis obliegt, diesen zur Genüge, oder gar nicht, oder doch so weit geführt habe, daß die Sache zum gesetzlichen Eide verstellt werden könne. Wahr ist es freilich, daß manche nachtheilige Begebenheiten häufiger, andere weniger oder gewöhnlich gar nicht mit der Unachtsamkeit gewisser Personen in Verbindung stehen [93]. Aber es steht doch dahin, in wiefern man den Rechtsgelehrten beipflichten könne, welche bei Begebenheiten der erstern Art, z. B. bei Feuersbrünsten, Diebstählen u. s. w. auf den Unterschied gesehen wissen wollen, ob der Beklagte, in dessen Wohnung oder Gewahrsam dergleichen vorging, den rechtlichen Verhältnissen nach für jedes, auch das geringste Versehen, zu haften schuldig sey, z. B. der Commodatar; oder ob er nur das grobe und mäßige Versehen zu verantworten habe, z. B. der Pachter; da denn in jenem Falle der Beklagte besonders noch beweisen müßte, daß er seiner Seits die möglichste Sorgfalt angewandt hätte, um den Schaden zu vermeiden, wenn er nicht zur Vergütung desselben verurtheilt seyn wollte, hingegen in dem letztern Falle dem Kläger der Beweis obliege, daß der Nachtheil durch des Beklagten lata oder levis culpa verursacht worden sey [94]. Der mindere oder höhere Grad der Sorgfalt, welcher Jemandem obliegt, kommt aller-

---

*) Vergl. Mühlenbruch Civil-Prozeß. S. 159.

**) Diese dürfte auch wohl schon zu dem directen Gegenbeweise des Klägers gehören.

93 Höpfner Commentar d. Institut. §. 761.

94 Glücks Pandekten. Th. 4. §. 327. b. und das. angef. DD.

dings in Betrachtung, um zu bestimmen, ob ihm diese oder jene bestimmte Unternehmung oder Unterlassung zur Last fallen könne; aber dazu finde ich keinen zureichenden Grund, daß jene stärkere oder geringere Verantwortlichkeit des Beklagten auch bei der Frage: wem der Beweis obliege? einen Einfluß haben sollte. Ob ein nachtheiliger Erfolg, z. B. eine Feuersbrunst, überhaupt in den gewöhnlichen Fällen mit einer Verschuldung Anderer verbunden sey, darauf kommt es hier nicht so sehr, als darauf an, ob Beklagter derjenige sey, der Etwas dabei versehen habe, und dies folgt doch aus jener allgemeinen Wahrnehmung an sich noch nicht, man kann weder sagen, daß gerade seine levis culpa, noch daß lata culpa von ihm zu vermuthen sey [95]. Er muß sich aber wegen der Sachen, die er zu liefern hat, und die er jetzt gar nicht oder nicht unbeschädigt liefern kann, gehörig rechtfertigen, folglich in jedem Falle so viel beibringen, daß sich eine Art des Erfolges wahrnehmen läßt, die in Ansehung seiner als casus fortuitus gelten muß. Immer wird er es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn er die Mittel, wodurch die Sache gehörig ins Licht zu setzen war, z. B. die zeitige Veranstaltung einer nähern Untersuchung der Begebenheit, Versicherung zweckdienlicher Beweise durch Zeugen, Augenschein u. s. w. vernachlässigt hat. Ist aber eine Veranlassung des Schadens beigebracht, die von ihm nicht zu verantworten seyn würde, so trifft die Reihe des Beweises einer dennoch Statt gefundenen culpa den Kläger; es mag übrigens nur lata oder levis culpa in dem Umfange der Verantwortlichkeit des Beklagten liegen.

§. 26. Beweis der Ursachen einer Enterbung.

Nach der 115ten Novelle muß der Erbe, wenn das Testament wegen einer ungebührlichen Enterbung angefochten wird, die Wahrheit der Enterbungssache beweisen. Denn der Kläger hat ein erwor-

---

[95] L. 11. D. de per. et comm. rei vend. „Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit: quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.“

benes Recht, von der Erbschaft nicht ausgeschlossen zu werden. Die Gültigkeit der Ausnahme von diesem Rechte hängt von der Wahrheit der angeführten gesetzlichen Enterbungssache ab. Diese muß also der Erbe beibringen, wenn das sonst begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden soll. Es ist gar nicht nöthig, dies aus einer hier angenommenen Rechtsvermuthung herzuleiten, da es den rechtlichen Verhältnissen der Sache selbst, und der allgemeinen Regel aller Beweisführung schon gemäß ist *). Nach dem älteren römischen Rechte genügte die namentliche Enterbung, und in gewissen Fällen auch schon die bloße Uebergehung, um das Testament stricto jure bestehen zu lassen. Daher auch der Kläger, der es als unbillig anzufechten suchte, seinen Klagegrund beweisen mußte.

§. 27. Einrede des nicht erfüllten Contracts.

Die sogenannte exceptio non impleti contractus bringt freilich, wenn die Sache recht genommen wird, die Last des Beweises auf den Kläger. Allein es kommt unter dem Namen dieser Einrede Manches in den Gerichten vor, was unstreitig der Beklagte zu beweisen hat **). Nur in sofern, als dadurch die Wahrheit dessen, was zum Klagegrunde aus einem zweiseitigen Vertrage gehört, bestritten wird, ist der Kläger schuldig, den Beweis zu übernehmen [96]. Sonderbar aber ist es, wenn man alsdann diese Einrede bloß darum, weil sie der Beklagte nicht beweisen darf, zu den liquiden Exceptionen rechnet [97], und sie auch im Executivprozesse Statt finden zu lassen. Hier ist sie zulässig, weil sie die Forderung des Klägers

---

*) Treffende Bemerkungen hierüber findet man bei J. C. Bluntschli Entwickl. der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. S. 223. f.

**) Die neuesten Untersuchungen über diese exceptio s. im Arch. f. civil. Praxis VII, S. 335. f. XIV, S. 206. f. XVIII, 387. (von Heerwart) sodann bei *Volkmann* de exc. non adimpl. contr. Lips. 1829. A. Lange über die Einr. des nicht erfüllten Contrakts. Regensb. 1829. worüber auch Schuncks Jahrb. der Lit. XVII, S. 192. f. zu vergleichen sind. Ferner die Aufsätze von Schenck im Archiv XVII, No. 4. u. 9. XX, No. 15 von Treitschke ebds. XXII, No. 11. und von Sintenis in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVI. No. 7. XVII, No. 5. S. auch unten das Summarium.

96 *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19. 11. *Vergl. auch noch unten §. 35.

97 *Leyser* med. ad Pand. 515. 11 et 12. J. C. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. s. w. §. 125.

illiquid macht, nicht aber, weil sie selbst liquid ist. Denn es soll ja eben erst ausgemacht werden, ob der Contrakt erfüllt sey, oder nicht. Sobald nun aber der Beklagte nicht mehr in jenen Grenzen einer bloßen Bestreitung des faktischen Klagegrundes bleibt, und nicht sowohl das, was eigentlich hiezu gehört, ableugnet, als vielmehr sonst dem Kläger besondere Thatsachen in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegensetzt; so folgt natürlich, daß Beklagter sich mit dieser Gegenbehauptung, — exceptio non rite s. non debito modo impleti contractus [98] — wenn der Kläger sie nicht zugiebt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweises auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des nicht erfüllten Contrakts aus der fehlerhaften Beschaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die der Kläger gegen den Contrakt unternommen hat, oder sonst aus Verhältnissen hergeleitet wird, wodurch Beklagter die Rechte, welche ihm der Contrakt zusichert, gehörig zu behaupten, gehindert wird, in sofern der andere Contrahent dafür zu haften verbunden ist [99]. Alles dieses beruhet auf Thatsachen, die der Beklagte, wenn sie bestritten werden, erst darthun muß, bevor er die darauf gegründete Einrede gegen den Kläger geltend machen kann, und worüber er sogar in continenti die Beweise zur Hand haben muß, wenn im Laufe des executivischen Verfahrens darauf geachtet werden soll.

§. 28. Wem liegt der Beweis ob, wenn suis heredibus das beneficium abstinendi wegen der Immixtion bestritten wird? *)

Wenn die Gläubiger eines Verstorbenen oder die Legatarien den Kindern als suis heredibus das beneficium abstinendi streitig machen, so sind jene unstreitig verbunden, den Beweis zu führen, daß die Kinder sich entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch

---

[98] *Hellfeld* jurispr. forens. §. 1043. J. C. Schmidt cit. l. von Bülow und Hagemann prakt. Erört. I, 23. Thibaut System d. Pandekten R. §. 151.

[99] *Leyser* med. ad Pand. 208. 1. etc. 238. 2. 3. *Hommel* rhaps. qu. obs. 87. *Müller* ad *Leyser*. Tom. V. obs. 850. *Vergl. Borst a. a. O. §. 79, und das Präjudiz in Schlüter und Wallis jurist. Zeit. f. Hannover. VI, 1, S. 174.

*) S. jetzt ausführlich Mühlenbruch Forts. v. Glück Comment. XLII, S. 355. f.

Handlungen (immixtio) für die Beibehaltung der väterlichen Erbschaft erklärt, oder auch jener Rechtswohlthat unwürdig gemacht haben [100]. Verschiedene Rechtslehrer, und unter diesen besonders Averanius und Pufendorf [101], haben zwar das Gegentheil, daß vielmehr gedachte Erben die ihrer Seits nicht geschehene Einmischung beweisen müssen, zu vertheidigen gesucht. Allein den Kindern steht schon in der gedachten Eigenschaft als Erben die erwähnte Rechtswohlthat zu, und sie brauchen solche durch nichts in facto weiter zu begründen. Sie haben das beneficium abstinendi, nicht weil sie sich nicht immiscirt haben, sondern weil die Gesetze es ihnen beilegen, wofern sie nicht durch Immixtion darauf Verzicht geleistet haben. Wenn also dagegen die Gläubiger die Thatsache der Immixtion als ein ausschließendes Hinderniß jener Rechtswohlthat anführen: so gehört das offenbar zu ihrer Replik, welche sie unstreitig auch zu beweisen haben [102]. Man hat aber bei Erörterung dieser Sache den eigentlichen Punkt, worauf es ankommt, nicht immer genau vor Augen behalten. Die Frage ist, ob die Gläubiger und Legatarien die von den Kindern geschehene Immixtion, oder ob diese beweisen müssen, daß sie sich, ohne alle Einmischung, der väterlichen Erbschaft ganz enthalten haben? Wenn nun einige Rechtslehrer hier noch erst unterscheiden wollen, ob die Kinder sich im Besitz der Erbschaft befinden oder nicht [103], so ist dies im Grunde überflüssig. Durch den Besitz maßen sie sich der Erbschaft an, folglich ist ja dadurch die Immixtion bereits erwiesen; wenn die Kinder nicht andere Gründe dieses Besitzes beibringen können [104]. Die Controverse kann nur den Fall betreffen, da die Immixtion nicht schon gegen die Kinder als rechtlich erwiesen zu Tage liegt. — Wenn Pufendorf sich auf Justinians Verordnung [105] beruft, und vemöge der-

---

[100] Höpfner Commentar der Instit. §. 539.

[101] *Jos. Averanius* interpret. jur. civ. I, 9. *Pufendorf* observat. jur civ. III, 8.

[102] *G. L. Böhmer* Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente, c. 3. §. 25. in Elect. jur. civ. I. *J. C. Koch* de liberis heredibus suis ad probationem abstentionis non obligatis. Giessae 1776.

[103] *Müller* ad *Leyser*. Tom 4. obs. 570.

[104] *G. L. Böhmer* cit. Diss. §. 11. et 26.

[105] L. ult. §. 1. C. de jure deliberandi. „Similique modo, si non titubante animo respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem,

selben annimmt, daß der suus heres innerhalb dreier Monate apertissime die Erbschaft aufgegeben und von sich abgelehnt haben, folglich auch, daß dies gehörig geschehen sey, beweisen müsse: so ist eines Theils der Vordersatz mit dem Sinne der Verordnung nicht ganz übereinstimmend, und andern Theils würde das daraus hergeleitete Argument, wenn sich auch gegen die Deutung des Gesetzes, worauf es gegründet wird, nichts erinnern ließe, doch die Sache, wovon hier die Rede ist, eigentlich nicht treffen. Daß die Ablehnung der Erbschaft durchaus innerhalb dreier Monate geschehen müsse, ist der Sinn des Gesetzes nicht [106], sondern diese drei Monate sind eigentlich die zum Anfange und zur Vollendung der förmlichen Inventur bestimmte Zeitfrist, welche nicht nur der sogenannte Beneficialerbe, sondern auch derjenige, welcher sich des Rechts der Deliberation bedienen will, zu beobachten hat, und die Worte im §. 1. wollen eigentlich so viel sagen, daß, wenn Jemand, dem diese Zeitfrist der Inventur noch offen war, sich gleichwohl schon bestimmt (apertissime) erklärt hätte, daß er der Erbschaft entsagt haben wolle, es freilich bei dieser seiner Erklärung sein Bewenden behalten solle [107]. Im Ganzen ist also die Regel des ältern Rechts, welche den suis uneingeschränkt das beneficium abstinendi so lange gestattet, als sie sich der Erbschaft noch nicht immiscirt haben [108], hier gar nicht

---

et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse, vel vocatum heredem, (ei) renunciet: nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu expectando, sit alienus (ab) hujusmodi hereditate, sive onerosa sive lucrosa sit. — §. 14. ibid. Verb., Si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur — — ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam Legis Falcidiae beneficio minime utatur.

[106] Dies erhellet auch schon aus §. 13. der angeführten Constitution, welche ein Jahr, oder wenigstens neun Monate zur Ueberlegung freiläßt, und L. 19. C. ibid.

[107] Westphal von Vorleg. und Eröffnung d. Testam. u. s. w. §. 338.

[108] L. 11. L. 12. D. de adq. vel omitt. hered. „Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas sit: puberibus autem ita, si se non immiscuerint. — Ei qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit,

geändert worden. Wenn indeß Gläubiger oder Legatarien u. s. w. auf eine bestimmte Erklärung dringen, und der Erbe sich hiedurch, oder sonst bewogen findet, auf eine Ueberlegungsfrist anzutragen; so muß er sich freilich vor Ablauf derselben erklären, wenn er der gedachten Rechtswohlthat nicht verlustig werden will. Das ist es, was die von Pufendorf für seine Meinung angeführte Constitution in §. 14. enthält. Daraus würde denn wohl so viel folgen, daß in diesem Falle einer nachgesuchten Deliberationszeit der Erbe, wenn er demnächst die Ablehnung der Erbschaft vorschützen will, allerdings auch beweisen müsse, daß solche binnen der gehörigen Zeit von ihm erklärt sey, keinesweges aber, daß die Kinder überhaupt den Beweis der nicht geschehenen Immixtion übernehmen müssen, wenn sie das beneficinm abstinendi für sich anwenden wollen. Natürlich sind es aber zwei ganz verschiedene Dinge, wenn die Gläubiger den Kindern entgegensetzen, daß sie den Gebrauch dieser Rechtswohlthat versäumt hätten, und wenn es darauf ankommt, ob sie derselben durch Immixtion bereits entgegen gehandelt haben. Ueber das Erstere entscheidet die bisher angeführte Constitution. Das Zweite, wovon hier eigentlich die Rede ist, setzt aber im Gegentheil den Fall voraus, wenn den Erben das beneficium juris an sich schon zukommt und offen steht, indem sie nicht selbst schon das Gegentheil durch Worte oder Handlungen erklärt haben. Hierüber enthält das erwähnte Gesetz durchaus keine Bestimmung, wer den Beweis zu führen habe, und es ist daher ganz evident, daß die von Pufendorf angeführten Gründe nicht zureichen, um diesen Punkt gegen die Kinder zu entscheiden.

Averanius meint übrigens, es genüge nicht, daß die Kinder bloß erklärten, sie wollten die Erbschaft fahren lassen; sondern sie müßten sie auch wirklich derelinquirt haben, folglich daß dies geschehen sey, auch beweisen. Die Gesetze erfordern aber nichts mehr, als bloße Erklärung, daß man sich der gesetzlichen Wohlthat bedient haben wolle, und selbst durch den Einwand, welchen die Kinder eben jetzt den Gläubigern oder Legatarien entgegensetzen, machen sie von der gedachten Rechtswohlthat für sich Gebrauch [109]. Diese Er-

sive minor, non esse necesse Praetorem adire: sed sufficit, se non miscuisse hereditati. L. 57. pr. ibid. *Vergl auch Mühlenbruch Doctr. Pand. III, §. 693. Note 8.

[109] L. 21. D. de auctor. tutor.

klärung ist hier eine rechtsgenügende Dereliction; wie kann also noch ein weiterer Beweis derselben erfordert werden?

§. 29. Von der Beweislast bei der Berufung des Schuldners auf das Anastasianische Gesetz.

Viele Rechtslehrer sind der Meinung, daß ein Cessionar, dem die bekannte lex Anastasiana von dem Schuldner entgegen gesetzt wird, den Beweis übernehmen müsse, daß er den Belang der Forderung, so wie er sie jetzt zu verfolgen sucht, auch wirklich an den Cedenten bezahlt habe [110]. Nur wenige haben das Gegentheil, und daß eigentlich dem Schuldner der Beweis obliege, daß weniger bezahlt worden sey, zu vertheidigen gesucht [111]. Diesen finde ich kein Bedenken, beizutreten. Die Hauptgründe der ersten Meinung sind: 1. weil das Gesetz dem Schuldner die Einrede gestattet, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit [112]. Allein daraus folgt noch nichts Entscheidendes für die Frage, wer hier den Beweis zu führen habe, wenigstens nicht bestimmt, daß der Cessionar damit zu belästigen sey. — 2. weil Justinian hinzugefügt *): sed etsi quis donationem quidem omnis debiti facere adsimulaverit, ut videatur esse tota donatio, aliquid autem occulte susceperit, et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri ejus, quod datum esse comprobetur. Allein von wem soll dies Letztere bewiesen werden? Darüber drückt sich das Gesetz nicht bestimmt aus; wohl aber läßt der ganze Zusammenhang der Stelle weit eher die Erklärung zu, daß derjenige, welcher die äußerlich vorkommende Schenkung als eine gesetzwidrige Simulation betrachtet wissen will, und sich dagegen des Einwandes bedient, daß im Grunde ein Kauf, und zwar ein solcher, wodurch Jemand die Forderung für eine geringere Summe an sich zu bringen gesucht habe, verborgen sey,

---

[110] Struben R. B. IV, 190. Schönigahn über die Zulässigkeit des Anastasianischen Gesetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. und daselbst angef. DD. *Borst über Beweislast S. 64.

[111] *Lenz* de nominib. et actionib. cess. cap. 25. membr. 4. n. 28. 29. *Mevius* decis. VIII, 444. Dieser nimmt freilich an einer andern Stelle IV, 323. in dem Falle, wenn die Cessionsurkunde ganz unbestimmt lautet, das Gegentheil an; vergl. auch von Quistorp rechtl. Bemerk. II, 66.

[112] L. 22. C. mandati.

*) L. 23. §. 2. C. ibid.

allerdings auch die Beweise dieser Thatsachen herbeizuschaffen schuldig sey. Kann er dies, so soll der Cessionar freilich nicht mehr erhalten, als, quod datum esse comprobetur. Erwägt man ferner, daß die Ansprüche des Cessionars durch die geschehene Cession, an sich betrachtet, schon hinlänglich begründet sind, daß es offenbar zu den Exceptionen oder Repliken des Gegners gehört, wenn die Thatsachen, welche die lex Anastasiana voraussetzt, dagegen eingewandt werden, und daß also derjenige, welcher sich dieser Ausflüchte bedient, auch den faktischen Grund derselben bewahrheiten müsse, so wird alles dieses überwiegende Gründe für die zweite Meinung an die Hand geben *).

§. 30. Beweislast, wenn über die formelle Gültigkeit eines Geschäfts Streit entsteht.

Wenn der rechtliche Bestand eines Handels wesentlich von der Beobachtung einer vorgeschriebenen Form abhängt, und hierüber Streit entsteht: so kommt es darauf an, ob Jemand A. vermöge der Gültigkeit des Vorgangs, oder B. vermöge der Ungültigkeit desselben gewisse Rechte oder Befreiungen von sonst begründeten Ansprüchen Anderer geltend zu machen sucht.

A. Wer Anträge dieser Art vermöge der Gültigkeit eines Vorganges macht, dem liegt es auch ob, den Handel in einer solchen Form beizubringen, welche den Vorschriften des Gesetzes gemäß ist. Wer z. B. ein Recht aus einem Testament verfolgen, oder aus Geschäften klagen will, die eine obrigkeitliche Bestätigung, gerichtliche Insinuation, oder irgend eine andere Förmlichkeit nach Ordnung der Rechte erfordern, dem liegt es unstreitig ob, zu zeigen,

---

*) Die Ansicht des Verf. theilt auch B. Hollweg a. a. O. S. 357. desgl. Burchardi, im Arch. f. civ. Pr. XVIII, 197. Dem Herausgeber hat bisher immer die entgegengesetzte Meinung die in thesi richtigste geschienen, vorzüglich wegen der Worte der c. Anastasiana: ita tamen, ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit successionem, *usque ad ipsam tantummodo* solutarum pecuniarum *quantitatem* et usurarum ejus *actiones exercere permittatur*. S. auch Puchta, Pand. §. 285. Die Beweise der Cession können natürlich die Sache ändern. Vergl. Mühlenbruch Cession der Forderungen. §. 61. — Einen Unterschied zwischen Einrede der mangelnden Sachlegitimation und Einrede der Verwirkung der Forderung macht Brackenhoeft im ang. Arch. XXIII, 189.

daß alles dieses beobachtet worden sey; keineswegcs aber kann dem Gegner, so lange dieser bloß in facto das Vorhandenseyn der Form bestreitet, der Beweis ihrer Vernachlässigung auferlegt werden. Dagegen darf auch Jener nicht mehr als die äußere Richtigkeit der Form, welche der Grund seiner Klage, Einrede u. s. w. voraussetzt, beglaubigen. Geht der Gegner in seinen Einwürfen über die Existenz dieser äußeren Form, wodurch der Antrag an sich schon hinlänglich begründet ist, hinaus, will er z. B. die natürliche oder bürgerliche Fähigkeit des Testamentszeugen, der Notarien und Gerichtspersonen, die als solche bei dem Handel vorgekommen sind, bestreiten, oder sonst Einwürfe gegen die Richtigkeit einer an sich beglaubigten Form beibringen: so ist er es, dem die Beweisführung in diesem Betrachte obliegt, weil der Andere seiner Seits durch Beibringung dessen, was die äußere Form erfordert, seinen Antrag hinlänglich gerechtfertiget hat *).

Nach der Lehre Hommels [113] sollen Testamente und andere Urkunden, die Jemand aus entfernten Landen beibringt, die rechtliche Vermuthung für sich haben, daß sie nach den Gesetzen des Landes oder Ortes, wo sie gemacht worden sind, zu Recht bestehen, bis das Gegentheil von dem, der ihre Gültigkeit bestreitet, bewiesen wird. Er bestätigt auch seine Meinung mit einem Fakultätsspruche, wodurch ein in Batavia vor einem Notar und zweien Zeugen mündlich erklärter letzter Wille als gültiges Testament anerkannt ward. Dagegen ist aber vielleicht noch Manches zu erinnern. Wer die gesetzlichen Erben mit einem Testamente verdrängen, oder überhaupt vermöge desselben ein Erbrecht behaupten will, muß unstreitig einen gültigen letzten Willen in rechtsbeständiger Form beibringen, mithin der Regel nach in facto Alles darthun, was diese Gültigkeit voraussetzt. Die Vorschriften der einheimischen und recipirten fremden Rechte braucht er freilich dabei nicht zu beweisen, da sie der Richter weiß, oder wenigstens wissen muß. Allein welche Form der Handlung in einem fremden Lande, dessen Gesetze den Richter, der jetzt in der Sache erkennen soll, an sich nicht binden, die er also nicht

---

*) Ein positiver Grund für die Entscheidung des Verfassers dürfte wohl in l. 5. pr. und l. 18. §. 1. D. de probat. zu finden seyn. Ganz entgegengesetzter Ansicht ist Borst a. a. O. §. 69.

[113] Rhaps. quaest. obs. 695.

wissen darf, bestimmt, und ob es gerade die sey, welche die beigebrachte Urkunde darstellet, ist ja eine wahre faktische Frage, von der gleichwohl der ganze Grund des Anspruchs abhängt. Wird sie daher vom Gegner verneinet, so muß die Rechtsbeständigkeit der Form von dem bewiesen werden, der für sich ein Erbrecht daraus herleiten will *). Immerhin mag dies den Umständen nach wahrscheinlich seyn; aber man muß bedenken, daß es hier auf Rechtsvermuthungen ankommt, die nur allein vom Beweise befreien können. Diese vermißt man unter allen Gründen, welche Hommel für seine Behauptung anführt, gänzlich. Die Gesetzstelle, worauf er sich beruft: Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit [114], und wiederum: Sciendum est generaliter, quod si quis scripserit, fidejussisse, videri omnia solemniter acta [115], weisen den Richter zwar an, daß ihm die allgemeine Beurkundung eines rechtlichen Geschäftes in den genannten Fällen schon genügen soll, um einstweilen die genaue Beobachtung der besondern Form, welche zur Gültigkeit erfordert wird, zu vermuthen. Wenn ein Instrument einer Bürgschaft, oder anderen förmlichen Zusage erwähnt, so soll vermuthet werden, daß Alles geschehen und so erklärt sey, wie es die dem Richter bekannten Rechte bei diesen Geschäften erfordern. Allein dies berechtigt ihn noch nicht, ohne rechtlichen Beweis auch die auswärtige gesetzliche Form selbst gerade so zu vermuthen, und als richtig anzunehmen, wie sie die bei ihm angebrachte Handlung mit sich bringt. Den Rechten nach wird man daher hier eine der Behauptung Hommels entgegenstehende Regel als richtig annehmen müssen. Diese hat auch die Preußische Gerichtsordnung [116] als rechtmäßig anerkannt, und daher ausdrücklich vorgeschrieben: „Wenn hingegen über ein Geschäft gestritten wird, welches nach fremden Landesgesetzen, die der Richter zu kennen nicht schuldig ist, beurtheilt werden muß, und es darauf ankommt, was diese Gesetze für den vorliegenden Fall eigentlich verordnen, so muß darüber, so wie

*) Eine ganz entgegengesetzte, aber auch hier unrichtige, Ansicht hat wieder Borst a. a. O. §. 68.

[114] §. 17. I. de inutil. stipul.

[115] L. 30. D. de V. O.

[116] I, 10, 53.

über eine andere Thatsache, Beweis aufgenommen werden". — Nur dann würde freilich derjenige, der die Gültigkeit eines auswärtigen Geschäfts bestreiten wollte, auch den Beweis durch Beibringung der Gesetze übernehmen müssen, wenn er bei rechtlichen Handlungen, die an sich und schon nach dem Vernunftrechte *) eine volle Rechtswirkung haben, auch gewöhnlich an keine besondere positive Form gebunden sind, dennoch die Gültigkeit derselben nach den Gesetzen des Landes, wo sie vorgegangen sind, bestreiten, oder überhaupt mittelst einer Einrede den Mangel einer bestimmten gesetzlichen Form vorschützen wollte. Die Regel des Geschäfts an sich würde ihm alsdann entgegen seyn, die Behauptung dagegen aber keine Vermuthung für sich haben. Dies läßt sich jedoch auf bloß bürgerliche Institute, wie die Testamente sind, nicht anwenden. Wer auf diese einen Anspruch gründet, muß auch beweisen, daß sie völlig legal und gültig gemacht sind.

Leyser [117] behauptet, daß die gehörige Bekanntmachung eines Gesetzes allemal zu vermuthen sey. Andere vertheidigen das Gegentheil [118]. Vorausgesetzt, daß es an der rechtlichen Gewißheit der Bekanntmachung eines Gesetzes fehlt, so verdient die letztere Meinung unstreitig den Vorzug, da diese Bekanntmachung eine Thatsache ist, mithin, wenn sie geleugnet wird, allerdings Beweis erfordert **). Daß irgend eine Rechtsvermuthung von diesem Beweise befreie, wird man nicht darthun können. Anders verhält sich die Sache, wenn Jemand nur die gehörige Art der Bekanntmachung bestreiten wollte. Entweder würde der Streit dann nur eine Rechtsfrage betreffen, die keinen Gegenstand der gerichtlichen Beweisführung abgeben kann, oder er würde doch wenigstens den Grund seiner besondern Behauptung zu erweisen haben.

---

*) Ein sehr mißliches Criterium. Es genügt, wenn sich die nachfolgende Voraussetzung findet. Vergl. Collmann a. a. O. §. 42. f.

[117] Med. ad Pand. sp. 7, 3. vergl. Vol. 12. suppl. 1. spec. 7. med. 16.

[118] *Müller* ad *Leyser*. Tom. I. obs. 14. Glücks Pandekten. Th. 1. §. 20. *Einen besondern Punkt bringt hier Collmann S. 138. a. a. O. zur Sprache. Und in constitutionellen Staaten thut sich wieder die Frage von der gültigen Erlassung eines Gesetzes auf. Vergl. System des Civil. Prozesses. §. 99. Not. 9.

**) Schwerlich gehört er doch in das gewöhnliche Beweisverfahren. Vergl. unten das Summarium.

§. 31. Fortsetzung.

Bisher ist davon geredet worden, wenn Jemand aus Geschäften, deren Gültigkeit von der Beobachtung gewisser Formen abhängt, Rechte oder Befreiungen durch Klagen und Einreden, oder solchen gleich zu schätzende Anträge geltend zu machen sucht, der Gegner aber die Gültigkeit des Handels in Ansehung der Form nicht einräumt. Jetzt wird der andere Fall zu bestimmen seyn, wenn ein streitender Theil den rechtlichen Bestand irgend eines Vorganges nicht bloß gegen Klagen oder Einreden Anderer ableugnet, sondern vielmehr selbst B. vermöge der Ungültigkeit eines Geschäfts, Rechte oder Befreiungen verfolgen, mithin den Handel durch Klagen, oder denselben hier gleich zu schätzende Anträge als nichtig anfechten will. Hier muß der, welcher diese Anträge gemacht, wie jeder andere Kläger oder Beklagte, den Grund seiner Klage oder Einrede gehörig darthun *). Nicht, weil in zweifelhaften Fällen die Gültigkeit rechtlicher Geschäfte zu vermuthen ist. Dies pflegt zwar bei dieser Gelegenheit nicht selten als Grundsatz vorzukommen, ist aber in keinem Gesetze als Regel vorgeschrieben [119]; und an der Schlußfolge: Weil so viele Testamente u. s. w. gültig gemacht werden, also ist auch Titii letzter Wille für vollkommen rechtsbeständig zu achten, dürfte wohl sehr zu zweifeln seyn. Zur Begründung jener Beweispflicht genügt es vielmehr schon, daß die Ungültigkeit eines Geschäfts

---

*) B. Hollweg a. a. O. S. 358. f.

[119] Von §. 17. J. de inutil. stipulat. und L. 30. D. de V. O., welche gewöhnlich als Sanctionen dieser Vermuthung angeführt werden, ist dies eben gezeigt worden. Dasselbe gilt auch von §. ult. I. de fidejussorib. „In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse: videri omnia solemniter acta, — und von L. 14. C. de contrah. et committ. stipulat., welche im Wesentlichen gleichen Inhalts ist. Alle diese Gesetzstellen enthalten nichts weiter, als daß den mit Zustimmung der Parteien über ein rechtliches Geschäft gefertigten Aufsätzen, auch in Ansehung dessen, was sie wegen der äußern Form auch als wirklich beobachtet anführen, z. B. die Gegenwart der Zeugen, der Contrahenten, oder eines Knechts, anstatt seines Herrn, geglaubt werden, und daß der, welcher mithin die faktische Richtigkeit solcher Angaben, z. B. ob der zugezogene Sklave auch wirklich dem Contrahenten zugehört habe, bestreiten wollte, den Beweis dieses Einwandes führen müsse. Dies ist also von jener allgemeinen Rechtsvermuthung für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt noch weit entfernt.

nicht zu vermuthen ist, woraus denn von selbst folgt, daß, wer als petitor dagegen auftritt, und durch Klagen oder Einreden solches anzufechten sucht, auch Beweise beibringen muß, um die behauptete Ungültigkeit, soweit sie faktisch ist, wahr zu machen [120].

§. 32. Fortsetzung.

Nach diesen bei A. und B. bemerkten Grundsätzen wird also die Beweisführung ohne weitere Schwierigkeit zu bestimmen seyn, wenn in vorkommenden Fällen die Erbfolge gegen ein angeblich vorhandenes Testament durch Klagen oder Einreden geltend gemacht [121], oder umgekehrt, der gesetzliche Erbe durch irgend eine Verfügung des Verstorbenen über seinen Nachlaß ausgeschlossen werden soll.

Vorzüglich aber kann hier die nähere Beantwortung der Frage zu einiger Erläuterung dienen, was in Ansehung des Beweises Rechtens sey, wenn Sachen der Minderjährigen veräußert worden sind, und diese Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter Form als ungültig angefochten wird. Muß von Seiten des Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von dem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Daran ist wohl nicht zu zweifeln, daß, wenn gegen den Minderjährigen auf Erfüllung des Handels geklagt wird, alsdann der Kläger das Geschäft in gültiger Form beibringen, folglich die gehörige Beobachtung der letztern, wie es im

---

[120] L. 5. §. 1. D. de probat. „Si quis negat emancipationem recte factam probationem ipsum praestare debere. Wollte man dies Gesetz im Allgemeinen, wie es wörtlich dasteht, wider einen Jeden, der die Gültigkeit des Geschäfts bestreitet, anwenden, so würde es mit andern unleugbaren Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathen. Man vergleiche z. B. auch l. 23. D. eod. Es würde daraus folgen, daß, wenn aus einer Schenkung über 500 Solidos geklagt wird, nicht dem Kläger die Beibringung einer gerichtlichen Insinuation, sondern dem Beklagten der Beweis, daß diese nicht geschehen sey, auferlegt werden müsse. Natürlich kann also cit. L. 5. §. 1. nur in der hier angenommenen Voraussetzung, imgleichen bei den faktischen Gegenbehauptungen, deren vorhin ad A. §. 30. zu Anfange erwähnt worden ist, in Anwendung kommen. *Der Herausgeber, in der Sache selbst mit dem Verf. einverstanden, würde nur die l. 5. §. 1. lieber aus dem Gesichtspunkt des qualificirten Geständnisses, und mit Rücksicht auf die allerdings zu vermuthende Gültigkeit obrigkeitlicher Acte nehmen. Nicht befriedigend ist Borsts Erklärung a. a. O. §. 70. Note 4.

[121] L. 11. C de probat. (Note 31.)

Allgemeinen bei A. §. 30 vorgekommen ist, jedoch mit den dort bemerkten Einschränkungen, beweisen müsse [122]. Streitiger ist die Frage im umgekehrten Falle, wenn der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Cocceji [123] will auch hier dem Besitzer den Beweis der gültigen Veräußerung auferlegt wissen. Voet [124] geht hiebei von einem Grundsatze aus, der sich schwerlich rechtfertigen läßt, daß in zweifelhaften Fällen zum Besten der Minderjährigen allemal zu vermuthen sey, daß die Veräußerung ungültiger Weise vorgenommen wäre; doch lenkt er danächst wieder ein, und unterscheidet, ob selbst die Ertheilung des obrigkeitlichen Dekrets, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten werde. Jene müsse der Besitzer der Sachen, diese aber der Minderjährige beweisen. Dies Letztere hat freilich seine Richtigkeit, weil alsdann die Beobachtung der Form öffentlich beglaubigt gegen den Minderjährigen vorhanden ist, folglich wenn er gleichwohl dagegen behauptet, daß Unrichtigkeiten dabei obgewaltet hätten, er diese unstreitig beweisen muß; wie das auch die Gesetze deutlich vorschreiben [125]. Allein eben so wird es überhaupt, und mithin auch in Ansehung des ersten Punkts als Regel anzunehmen seyn, daß der Minderjährige, wenn er durch Klagen oder Einreden die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen beibringen müsse, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll. Denn einmal bestimmen jene Thatsachen doch den Grund des Antrags, den er geltend zu machen sucht, und zweitens haben die Gesetze ihn in diesem Betrachte nirgends begünstigt, mithin muß es bei dem gesetzlich anerkannten Grundsatze [126] auch hier sein Bewenden behalten. In der von Voet da-

---

[122] Daß L. 5. §. 1. D. de probat. dem Minderjährigen hier nicht entgegengesetzt werden könne, erhellet aus der vorigen Note 120.

[123] Jur. controv. tit. de reb. eor. qui sub tut. qu. 2.

[124] Commentar. ad Pand. eod. tit. §. 11.

[125] L. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. Verb., manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse Praetori. L. 5. §. 15. ibid. Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei actionem? Et magis est, ut in rem detur, non (tantum) in personam adversus tutores sive curatores.

[126] L. 5. §. 1. D. de probat., die in diesen Verhältnissen völlig anwendbar ist. S. die Note 120.

gegen angeführten L. 13. §. 2. D. de Public. in rem act. heißt es zwar: Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse; sed etsi deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur. Allein dies Gesetz handelt, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, wo der Käufer der Sachen eines Minderjährigen solche klagend actione Publiciana verfolgen will. Hier muß er freilich sein dominium praesumtum, mithin auch den Erwerb der Sache in rechtlicher Form beibringen, wie das den vorhin angeführten Grundsätzen gemäß ist. Auch L. 1. §. 13. D. de magistrat. conven. Verb., probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, quum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse — kann für die Meinung Voets kein tüchtiges Argument an die Hand geben, da dort, wie besonders aus den vorhergehenden Worten des Gesetzes erhellet, dem Beklagten der Beweis dessen auferlegt ward, was in der That zum Grunde seiner Einreden gehörte, indem sonst die Klage an sich schon völlig gegen ihn begründet war, wovon bereits vorhin (§. 20) ausführlicher geredet worden ist; dahingegen hier selbst der Grund des Antrags, welchen der Minderjährige macht, von der Ungültigkeit des Handels abhängt. Die L. 25. §. 1. D. de probat., welche Voet gleichfalls für sich anführt, handelt von der condictio indebiti wegen einer von dem Pupillen selbst oder von dem Minderjährigen ohne Vormund geschehenen Zahlung, und legt dem Empfänger den Beweis der wirklich vorhanden gewesenen Schuld auf. Man sieht sehr leicht, daß das hier gar nichts entscheiden kann. Jene Zahlung ist, was den Pupillen anbetrifft, an sich schon ungültig [127] und bei Minderjährigen tritt die Betrachtung ein, daß sie leicht aus Unüberlegtheit Etwas weggegeben haben können, wozu sie eigentlich nicht verpflichtet waren. In beider Rücksicht liegt also bereits in facto ein Vorgang zu Tage, der an sich den Empfänger nicht schützen kann oder soll, wofern er nicht zu beweisen vermag — was ihm mit Recht zur Pflicht gemacht ist —, daß er gleichwohl das Gezahlte wirklich zu fordern hatte. Hingegen hier ist es noch streitig und soll erst ausgemacht werden, wie die Veräußerung einer Sache, welche der Minderjährige als sein voriges Eigenthum in Anspruch nimmt, ge-

---

[127] §. ult. J. quib. alienare licet.

schehen, ob die gesetzliche Form dabei beobachtet sey oder nicht. Man kann noch nicht sagen, daß der Vorgang an sich ohne rechtliche Wirkung für den Besitzer sey, sondern die Thatsachen, welche das Eine oder das Andere rechtfertigen können, sind noch streitig und sollen erst beigebracht werden. Die Gründe also, welche in jenem Falle den Beweis auf den Empfänger bringen, gestatten hier keine Anwendung *).

§. 33. Beweislast in Ansehung der Accessorien und Nebentheile einer Hauptsache.

Wer ein gewisses Recht an sich gehörig begründet hat, darf es auch mit allen seinen Folgen und in seinem ganzen Umfange sich zueignen und vom Gegner den Beweis irgend einer Ausnahme oder Einschränkung erwarten. Der Käufer oder der Pachter eines Grundstücks kann unstreitig das Recht, welches ihm der erwiesene oder nicht geleugnete Contrakt giebt, auf Alles, was als Theil und Zubehör des gekauften oder gepachteten Guts zu betrachten ist, ausdehnen. Allemal aber ist zuvörderst in vorkommenden Fällen aufs Reine zu bringen: a. Was eigentlich als Gegenstand des Contrakts überhaupt bestimmt sey? b. in wiefern das streitige Stück dazu gehöre? In beiderlei Rücksicht liegt dem Käufer oder Pachter der Beweis ob. Dann folgt c. der von dem Verkäufer oder Verpachter zu führende Beweis der Ausnahmen, des besondern Vorbehalts u. s. w. — Nur in dieser Ordnung der Dinge konnte es sich rechtfertigen lassen, als dem Vermiether einer Wohnung in dem Streite mit seinem Miethmanne über eine Kammer der Beweis auferlegt ward, daß diese Kammer nicht mit vermiethet worden sey.

In einem andern Rechtsstreite kam der Fall vor, daß ein Pachter geständlich bei seinem Abzuge die Krippen aus dem Pferdestall weggebrochen und mitgenommen hatte. Mußte er beweisen, daß diese Krippen die seinigen wären? oder lag dem klagenden Verpachter der Beweis ob, daß diese Krippen bei der Uebergabe des Guts an den Pachter in dem Pferdestall vorhanden gewesen oder wenigstens während der Pachtzeit auf Klägers Kosten angeschafft, und dem Beklagten nachgeliefert worden? Die Richter erster Instanz

---

*) S. auch l. 2. C. si quis ign. rem minor. Löhr Magazin III, XVI, n. 9. Glück XXXIII, S. 56. f.

fanden jenes den Rechten gemäß. Der Pachter wandte aber ein Rechtsmittel dagegen ein. Die Juristenfakultät, an welche die Akten gelangten, erkannte für ihn und legte vielmehr dem Verpachter den erwähnten alternativen Beweis auf. Nach meiner Ueberzeugung war diese Entscheidung allerdings gerecht, obgleich in der folgenden Instanz das erste Urtheil wieder hergestellt ward. Das Pachtinventarium gab über die Sache keine bestimmte Auskunft. Ob es nun gleich gewiß ist, daß die zur Zeit der Verpachtung eines Pferdestalls darin befindlichen Krippen als mitverpachtet angesehen werden müssen und daher der Verpachter ohne bedungenen Vorbehalt solche dem Pachter während der Pachtzeit nicht entziehen dürfe: so kann doch aus dem Vorhandenseyn der Krippen zur Zeit der geendigten Pacht noch nicht die rechtliche Gewißheit gefolgert werden, daß sie auch schon beim Anfange der Pacht dort vorhanden gewesen und als Pachtstücke dem Pachter mit übergeben, oder ihm in der Folge vom Verpachter nachgeliefert sind. Zwar kann ein Pferdestall als solcher nicht füglich ohne Krippen genutzt werden; aber darum kann doch ein Gebäude im gemeinen Leben nach seiner ersten Bestimmung, oder nach seinem bisherigen Gebrauche gar wohl die Benennung eines Pferdestalls bekommen und behalten, wenn gleich die dazu erforderlichen Krippen nicht darin vorhanden sind. Der Kläger war also unstreitig verbunden, den zu seinem Klagegrund gehörigen, aber vom Gegner immer geleugneten Umstand, daß ein mit Krippen versehener Pferdestall — equile instructum — dem Pachter übergeben, oder jene wenigstens nachgeliefert worden, vor allen Dingen erst zu beweisen, ehe und bevor er die gesetzliche Vorschrift, welche dem Pachter nicht gestattet, die ihm zum Gebrauch überlassenen Sachen unter dem Vorwande des Eigenthums zurückzuhalten [128], für sich geltend machen durfte.

§. 34. Nöthige Vorsicht des Richters im Beweiserkenntnisse bei anticipirten Repliken u. s. f.

Das bisher Gesagte gilt sowohl vom Kläger als auch vom Beklagten in Beziehung auf ihre gegenseitigen Anträge. Keiner

[128] L. 25. C. de locato cond. vergl. Beitr. zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden II. u. III, 4. 14. *Linde u. Marezoll Zeitschr. I, S. 470. f.

hat sich Mehr und etwas Anderes zu beweisen aufbürden zu lassen, als was die Begründung seines Antrags erfordert. Es kommt jedoch a. in den Klagevorträgen oft Manches vor, was eigentlich nicht zum Fundament der Klage gehört und b. unter der Benennung exceptio oder Einrede findet sich häufig in den Antworten des Beklagten nur eine Bestreitung dessen, was eigentlich der Kläger als fundamentum agendi zu beweisen hat. Wiederum suchen auch c. die Beklagten nicht selten eigentliche Einreden in der Form eines bloßen Ableugnens vorzubringen, um dadurch der Last des Beweises zu entgehen. Alles dieses muß natürlich zu Verwirrungen Anlaß geben, wenn der Richter nicht, durch gründliches Studium der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden geleitet, diese Punkte genau zu unterscheiden weiß, sondern in den Fällen a und c dem Kläger, hingegen bei b. dem Beklagten den Beweis auflegt.

Der Kläger kann zwar, wie die Urtheilsverfasser in einem gewissen Rechtsstreite sehr richtig bemerkten, zu mehrerer Sicherung seines Gesuchs den Ausflüchten des Beklagten schon zum Voraus in der Klage das Nöthige entgegensetzen [129]. Allein dadurch wird diese in die Klage mit aufgenommene Replik weder ein Theil des eigentlichen Klagegrundes, noch kann sich der Beklagte dadurch, daß er peremtorische Einreden in der Gestalt einer verneinenden Beantwortung der anticipirten Replik vorbringt, von der Verbindlichkeit, seine Einreden zu beweisen, freimachen. Der Kläger z. B. fordert die Zahlung der Hauptschuld mit Zinsen, sieht aber die Einrede voraus, daß Beklagter ihm jene Zahlung angeboten, hingegen er die Annahme abgelehnt habe. Daher wird in der Klage mit angeführt, daß dies Anerbieten a. zur Unzeit, b. nicht in der schuldigen Quantität und Qualität geschehen sey. Beklagter leugnet nun Beides in facto. Dies kann ihn aber nicht von dem Beweise befreien, daß er die Zahlung zur rechten Zeit, besonders aber in der gehörigen Eigenschaft angeboten habe. Denn gerade das ist der faktische Grund seiner Einrede [130]. Der Richter würde also sehr unrecht

---

[129] *Wernher* select. observat. VI, 326. *Schaumburg* princip. prax I, 1, 3. Vorzüglich ist *Berger* elect. proc. execut. §. 48. seq. über den Zweck und Nutzen dieser anticipirten Replik nachzulesen. *S. auch *Chr. Ehr. Ad. Fritzsch* de replica libello inserenda Lips. 1736. Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 63.

[130] L. 122. pr. D. de V. O. L. 9. C. de solut. L. 72. §. 2, D. eod.

handeln, wenn er in beider Rücksicht dem Kläger den Beweis auflegen wollte: Eben so, wo nicht noch mehr auffallend ungerecht war es, als einem Bürger, der die Aufnahme in eine Innung verlangte, und in der Klage anführte, daß die Zunft ihm solche widerrechtlich verweigere, der Beweis des von dem Beklagten bloß geleugneten Umstandes, daß die verlangte Aufnahme widerrechtlich verweigert werde, auferlegt wurde, da es doch offenbar zu den Einreden des Beklagten gehörte, rechtliche Gründe der Abweisung des Klägers beizubringen [131].

§. 35. Fortsetzung.

Im Gegentheil würde es auch eine widerrechtliche Belästigung des Beklagten seyn, wenn ihm, ob er gleich eigentlich nur die Wahrheit des Klagegrundes oder der Replik ableugnete, dennoch der Beweis seiner Gegenbehauptung auferlegt würde. Der Ausdruck exceptio, dessen sich die Advokaten des Beklagten häufig bedienen, wo es im genauen Verstande nicht seyn sollte, oder wohin der Kläger die Sache oft absichtlich zu lenken sucht, kann leicht Gelegenheit zu dergleichen Mißdeutung geben. Unstreitig wäre es besser, bei der Gegenrede des Beklagten, daß Kläger den Contrakt, woraus er klagt, selbst noch nicht erfüllt habe, die Benennung exceptio non impleti contractus gar nicht zu gebrauchen, da es eine bloße Ableugnung, inficiatio ist, und man alsdann nicht nöthig haben würde, hier erst Gründe zu einer besondern Ausnahme von der Regel, daß der Beklagte seine Einreden beweisen müsse, hervorzusuchen. Wenn man inzwischen bei dieser Gegenbehauptung des Beklagten darüber wohl einverstanden ist, daß sie den Beweis auf den Kläger bringe, so leuchtet das doch in andern Fällen nicht sogleich einem jeden Richter ein, und da kann es denn an unrichtiger Leitung des Verfahrens nicht fehlen. In einem Rechtshandel wegen einer Glaslieferung forderte der Kläger eine gewisse Geldsumme für angeblich an Beklagten verkauftes Glas. Der Beklagte gestand zwar, Glas von dem Kläger erhalten zu haben, behauptete aber dagegen, a. daß der Kläger es ihm unverlangt zugesandt habe, b. daß dieses Glas

---

[131] Vergl. auch cap. ult. X. de praesumt. oben in Note 13. des Aufsatzes V.

größten Theils schadhaft und unbrauchbar gewesen sey, und daß er daher c. dem Kläger gleich habe andeuten lassen, er würde es nicht behalten, sondern der Kläger müsse es wieder abholen lassen. Hier mußte ad a. nicht dem Beklagten, sondern zuvörderst dem Kläger der Beweis auferlegt werden, daß der Handel über das Glas zwischen ihm und dem Beklagten zu Stande gekommen sey, denn dies war der Grund der Klage, den aber der Beklagte durch die erwähnte Gegenbehauptung leugnete. Das Anführen, daß ihm das Glas unverlangt zugeschickt sey, konnte nicht bloß als eine vom Beklagten zu beweisende exceptio behandelt werden, da sie in der That nur eine wahre Ableugnung des faktischen Klagegrundes in sich faßte. Sie gehörte daher in den dem Beklagten bloß freizulassenden Gegenbeweis, und erst dann, wenn Kläger den geschlossenen Kauf bewiesen hatte, konnte es auf die Einrede der fehlerhaften Waare ankommen.

§. 36. Von der exceptio rei non sic sed aliter gestae.

Daß der Richter durch den Ausdruck exceptio sehr leicht verleitet werden könne, Jemandem die Beweisführung aufzulegen, der sie eigentlich nicht zu übernehmen hatte, zeigt die Erfahrung, besonders bei der oft schwankenden exceptio rei non sic sed aliter gestae. Sibeth [132] erzählt davon folgenden merkwürdigen Rechtsfall. Ein abziehender Pachter klagte gegen den Verpachter aus einer angeblichen Verabredung, daß der Beklagte ihm für Abfuhr des Düngers auf seinen Acker eine bestimmte Vergütung zu zahlen habe. Kläger behauptete seiner Seits die gedachte Abfuhr geleistet zu haben und forderte dafür die nach Zahl der Fuhren ihm versprochene Vergeltung. Der Beklagte führte dagegen mittelst der exceptio rei non sic sed aliter gestae an, daß Kläger zwar den Dünger auf den Acker, nicht aber auf das eigentlich in der Verabredung bestimmte Ackerstück am See gebracht habe. Nun ward dem Beklagten im Urtheile der Beweis auferlegt: „daß das bestimmte Ackerstück zum Aufbringen des Düngers verabredet sey." Dies war unrichtig er-

---

[132] Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen 1ster Nachtrag Seite 54 u. s. w. Ich habe bereits über diese lesenswerthe und an trefflichen Bemerkungen überaus reichhaltige Schrift meine Meinung öffentlich gesagt, im 50sten Bande der N. A. D. Biblioth., worauf ich mich hier beziehe.

kannt. Der Beklagte hatte zwar nicht geleugnet, daß der Dünger auf den Acker gebracht worden sey, aber er hatte doch auch dem Kläger nicht zugestanden, daß die Verabredung uneingeschränkt in Ansehung des Ackers überhaupt geschehen sey, vielmehr war gerade dieser zum Klagegrund gehörende Punkt durch die exceptio rei non sic sed aliter gestae dem Kläger abgeleugnet worden. Dieser mußte ihn also vor allen Dingen beweisen. Freilich würde der Beklagte in seiner Antwort vorsichtiger gehandelt haben, wenn er statt des Ausdrucks jener Einrede sich bestimmter so erklärt hätte: „Ich gestehe zwar, daß für die Abfuhr des Düngers so viel verabredet, und daß dieser auf meinen Acker gekommen sey; ich leugne aber, daß das pactum zwischen uns uneingeschränkt geschlossen und dem Gegner die Wahl überlassen sey, den Dünger beliebig auf ein Ackerstück zu fahren; reprobando werde ich darthun, daß der Dünger nach dem entferntern Acker am See hätte hingebracht werden sollen." Im Grunde lag aber alles dieses doch auch schon in der Antwort des Beklagten, wie er sie ertheilte, und der Richter hätte sich durch den hier etwas unschicklich gebrauchten Ausdruck exceptio nicht verführen lassen sollen.

§. 37. In welcher Ordnung den Parteien die Beweisführung ihrer Anträge obliege.

II. Nicht genug aber, daß eine gewisse Thatsache zur Begründung des Antrags einer Partei gehört, wovon bisher gehandelt worden ist; sondern es wird auch, wenn von der Nothwendigkeit des Beweises die Rede ist, erfordert, daß dieser Antrag jetzt wirklich geltend gemacht werden soll. Um dies gehörig zu bestimmen und hiernach die Ordnung, in welcher die Last des Beweises bald diesem bald jenem streitenden Theile aufzulegen sey, festzusetzen, wird es nöthig seyn, auf die Beschaffenheit und das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Anträge der Parteien zurückzugehen.

Der Kläger ist freilich, was den faktischen Klagegrund anlangt, in sofern dieser bestritten wird, der erste, den in der Last der Beweisführung die Reihe trifft. Nach der bekannten Regel: actore non probante reus absolvitur, kann auch, so lange dieser Beweis noch nicht geführt ist, vom Beweise der Einreden, der Replik und Duplik, als nothwendig betrachtet, die Rede nicht seyn.

Auf die Klage folgt die Antwort des Beklagten, sie sey nun wirklich, oder sie werde wenigstens zur Strafe seines Ungehorsams als ertheilt angenommen. Das Letztere hat natürlich in Ansehung des Beweises mit der wirklich ertheilten Antwort in dem Maße, wie die Gesetze solche als gegeben annehmen, gleiche Wirkung. Wenn nun der Beklagte a. den faktischen Grund der Klage zugesteht, aber Einreden dagegen vorschützt: so befreit er den Kläger von der Last des Beweises, die jetzt ihm, dem Beklagten, allein aufzulegen, wobei aber dem Kläger der Gegenbeweis nicht als Schuldigkeit aufzugeben, jedoch immer freizulassen ist. In Prozeßarten, welche ein executivisches Verfahren zulassen, aber eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, hat der Richter freilich auf Einreden, die zur Zeit des abzufassenden Urtheils nicht schon liquid sind, gegen eine zugestandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzuleugnende Forderung des Klägers, keine Rücksicht zu nehmen [133]. Außerdem aber bleibt es bei der Regel, daß der Beklagte, bevor er unbedingt verurtheilt werden kann, erst mit dem Beweise seiner Einreden, insofern diese nicht an sich schon ganz ungültig sind, gehört werden müsse [134]. In der Form ist es gleichgültig, ob schlechthin nur auf diesen Beweis mit Vorbehalt des Gegenbeweises erkannt wird, z. B. „Würde Beklagter seine Einrede, daß er sich mit Klägern angezeigter Maßen verglichen habe, darthun, so erginge mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises weiter was Rechtens;" oder ob das Urtheil definitive, mit gehörigem Anhange wegen des Beweises der Einreden abgefaßt wird: „Daß Beklagter die eingeklagte Anleihe der .... Rthlr. sammt den rückständigen Zinsen und verursachten Prozeßkosten zu bezahlen schuldig; er könnte und wollte denn rechtlich erweisen, daß u. s. w. dessen genösse er noch billig, und erginge sodann, jedoch mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises, weiter u. s. w."

Werden aber b. die zum Klagegrund gehörenden Thatsachen, nach den Verhältnissen, wie sie der Klage zum Grunde liegen, sie mögen übrigens im Vortrage der letztern mit angeführt seyn oder nicht, ganz oder zum Theil von dem Beklagten abgeleugnet und

---

[133] Sibeth a. a. O. S. 34.

[134] Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. I. Seite 63. der 3ten Ausg. *L. 9. C. de exception. Oben Not. 14.

zwar aa. ohne sonst noch Einreden dagegen vorzuschützen: so ist dem Kläger der Hauptbeweis des Abgeleugneten zur Pflicht zu machen, dem Beklagten aber der Gegenbeweis nicht aufzulegen, sondern nur freizulassen. Werden aber bb. zugleich auch Einreden gegen die Klage vorgebracht: so ist auch hier zuvörderst dem Kläger der Beweis dessen, was zur Begründung seiner Klage gehört, und vom Beklagten geleugnet wird, aufzugeben. Der Beklagte ist hingegen den Rechten nach nicht schuldig, auch jetzt schon den Beweis der Einreden zu übernehmen, da er vielmehr erst den Beweis der Klage abwarten darf, wie bereits vorhin §. 6. mit Mehrerem gezeigt worden ist, und ich beziehe mich deshalb besonders auf die in der 14ten Note schon angeführten Gesetzstellen, welche hierüber deutlich entscheiden. Also kann 1. dem Beklagten der Einreden-Beweis nicht früher schon eigentlich zur Pflicht gemacht werden. Es ist aber auch 2. nicht weniger unrichtig, wenn die Richter, indem sie hier auf Beweis der Klage erkennen, zugleich die Bewahrheitung der Einreden mit in den Gegenbeweis des Beklagten nehmen lassen wollen. Der Beweis der Einreden ist kein Gegenbeweis, sondern so gut ein offensiver Beweis, als die Begründung der Klage, und dem Kläger muß wider die versuchte Ausführung der Einreden unstreitig auch der Gegenbeweis gestattet werden [135]. Durch jenen Fehlgriff der Urtheilsfasser würde aber eines Theils der Kläger diesen ihm zukommenden Gegenbeweis verlieren, und andern Theils würde alsdann der dem Beklagten bloß freizulassende Gegenbeweis in Ansehung des Klagegrundes, und der ihm obliegende Beweis der Einreden nicht gehörig von einander unterschieden werden. Sibeth will daher nicht nur die Beweissätze gehörig getrennt, sondern auch die Zeit der Beweisantretung verschieden bestimmt wissen und giebt dafür folgende Form als zweckmäßig an: „Würde Kläger, salva rei reprobatione, beweisen, daß er dem Beklagten 100 Thaler geliehen habe, so wäre Beklagter schuldig zu zahlen; er könnte denn demnächst, salva actoris reprobatione, beweisen, daß er die erwähnte Schuld bereis an Klägern bezahlt habe" u. s. w. Gegen diese Form

[135] Sibeth a. a. O. 1ster Nachtrag S. 29. Thibaut System d. Pand. R. §. 633. u. das. angef. DD. *Vergl. Schneider v. Beweise §. 380. Linde Civil. Pr. §. 236. Im Sächsischen Prozeß gilt freilich das Princip, daß jeder Theil der Regel nach nur Eine Beweisführung hat, worin er alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel cumuliren muß.

läßt sich nur das erinnern, daß in der Folge über die Frage: ob Kläger den ihm auferlegten Hauptbeweis geführt habe oder nicht? erst wieder ein Urtheil erfolgen muß, daher die bedingte Verurtheilung des Beklagten nach bekannten Grundsätzen [136] hier nicht so angemessen ist, als sie es freilich nur dann seyn würde, wenn der Kläger seinen Klagegrund schon so weit erwiesen hätte, daß auf einen Ergänzungseid erkannt werden könnte, da denn ohne Bedenken die Folge der Ableistung desselben im Voraus schon zu bestimmen ist [137]. In Fällen aber, wovon hier eben die Rede ist, dürfte es im Ganzen zweckmäßiger seyn, vorerst nur auf den vom Kläger zu führenden Beweis mit Freilassung des eigentlichen Gegenbeweises des Beklagten — das directe contrarium darzuthun, wie es einige Gerichte ausdrücken — zu erkennen, und das Uebrige zur Zeit auszusetzen, z. B. „Würde Kläger binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweises, zuvörderst rechtlich erweisen, daß u. s. w., so erginge dann, sowohl in Ansehung der eingeklagten Forderung als auch wegen des Beweises der Einreden, weiter was sich zu Recht gebühret." — Wollte man schon jetzt beiden Theilen Beweise auflegen, z. B. „Würde Kläger, salva reprobatione des Beklagten, erweisen, daß u. s. w. imgleichen Beklagter, ebenfalls mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises, rechtlich darthun, daß u. s. w., so erginge" u. s. w.: so würde das freilich die Sache abkürzen, aber genau betrachtet immer doch die vorhin schon angeführte Vorschrift der Gesetze entgegen stehen, daß Beklagter nicht eher, als nach bewiesenem Klagegrunde seine Einreden zu beweisen schuldig sey [138]. So lange also besondere Prozeßordnungen hierüber nicht anders verfügen, ist kein rechtlicher Grund vorhanden, den Beklagten zu einem Beweise früher zu nöthigen, als jene Gesetze solchen erfordern, wenn er sich

---

[136] L. 1. §. 5. D. Quando appelland. Verb., Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda. *Hellfeld* jurisprud. forens. §. 1790. n. 2. *Daß die deutsche Praxis sich hieran nie gebunden habe, ist bekannt.

[137] L. 11. C. de sentent. et interlocut. omn. jud. schreibt dies sogar als nothwendig vor. Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione, vel praestatione sacramenti fieri oportet: hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est.

[138] S. die 14te Note.

dieses nicht freiwillig gefallen lassen will. Die Abkürzung der Prozesse kann der Gesetzgebung zu bessern Einrichtungen Anlaß geben, aber den Richter berechtigt sie noch nicht, den Parteien eine von noch geltenden Vorschriften abweichende Ordnung aufzubringen *).

Wenn der Jemandem obliegende, oder freiwillig von ihm übernommene Beweis angetreten und fortgesetzt ist, so muß allemal in dem darauf folgenden Urtheile nicht allein, in wiefern er ihn geführt habe oder nicht, bestimmt entschieden, sondern auch zugleich die rechtliche Folge des Einen oder des Andern ausgedrückt werden; z. B. „daß Kläger dasjenige, was ihm im vorigen Urtheile vom u. s. w. zu erweisen auferlegt worden, wie Recht, erwiesen habe, daher Beklagter die libellirte Summe zu zahlen verbunden, er könnte und wollte denn binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des vom Kläger in gleicher Frist zu führenden Gegenbeweises rechtlich darthun, daß er sich mit Klägern über die Schuld dergestalt verglichen, daß u. s. w.; so erginge dann weiter was Rechtens."

§. 38. Fortsetzung.

Der auf die Antwort des Beklagten folgende replicirende Vortrag kann sehr verschiedenen Inhalts seyn. Der Kläger kann darin a. seinen Klagegrund gegen das Ableugnen des Beklagten in jure et facto zu unterstützen suchen. Wird in diesem Betrachte noch irgend eine Thatsache als zu jenem Grunde gehörig hinzugefügt, oder berichtigt: so versteht es sich von selbst, daß in Ansehung des Beweises hier eben das gelte, was überhaupt bei dem Grunde der Klage Rechtens ist. Er kann aber auch b. besonders auf die Einreden des Beklagten antworten und die Wahrheit ihres faktischen Grundes ganz oder zum Theil bestreiten. Dies hat die Folge, daß Beklagter solchen bewahrheiten muß, wenn ihn in Ansehung seiner Antwort auf die Klage die Reihe des Beweises trifft; dem Kläger ist dawider der Gegenbeweis nicht aufzugeben, sondern freizulassen: Actor replicando fit reus **). Er kann endlich c. mit dieser Be-

---

*) Vergl. jedoch unten die Note zu §. 40. a. E.

**) Besser: Actor ratione exceptionum fit reus s. rei partes sustinet. Denn da man das Wort replicare, replicatio technisch nur von exceptionibus exceptioni rei contrariis gebrauchen sollte (vergl. ad c.); so kann aus der Regel des Verf. eine Zweideutigkeit entstehen.

streitung der faktischen Wahrheit der Einreden die Angabe gewisser Thatsachen verbinden, um dadurch die Einreden, selbst wenn sie faktisch erweislich wären, zu entkräften — Replik im eigentlichen Verstande [139], Schutzreplik, wie es Sibeth sehr passend nennt. — Diese muß freilich der Kläger *), aber doch nur dann erst beweisen, wenn Beklagter zuvor seine Einreden, worauf sich die Replik bezieht, gehörig dargethan hat; z. B. der Beklagte schützt die Einrede des Vergleichs vor. Der Kläger leugnet diesen, fügt aber hinzu, daß der Vergleich, wenn es auch seine Richtigkeit damit hätte, dennoch in der Folge wieder aufgehoben sey. Diese Aufhebung kann ja nicht eher zur Frage kommen, als wenn zuvor die Eingehung des Vergleichs bewiesen ist. Bei dem alsdann dem Kläger aufzulegenden Beweise der Replik ist dem Beklagten ebenfalls der Gegenbeweis freizulassen. Wird daher, wie in der nächst vorhergehenden Form des Urtheils, erst auf Beweis der Einrede erkannt, so ist es schicklicher, der Replik zur Zeit entweder noch gar nicht zu erwähnen, oder wenigstens nur zu bemerken, daß das wahre Erkenntniß darüber noch ausgesetzt bleibe; z. B. am Schlusse des Urtheils: „so erginge dann besonders auch wegen der Replik des Klägers, daß dieser Vergleich in der Folge wieder aufgehoben sey, weiter was Rechtens." Wollte man diesen Beweis der Replik vom Kläger mit in den Gegenbeweis der Einreden nehmen lassen: so entginge alsdann dem Beklagten der ihm doch freizulassende Gegenbeweis in Ansehung der Replik **), welches nicht weniger ungerecht seyn würde, als, wie vorhin bemerkt worden ist, wenn man dem Kläger den Gegenbeweis wegen der Einreden dadurch entzieht, daß dem Beklagten gestattet wird, diese in seinem wider den Klagegrund zu führenden Gegenbeweise zu bewahrheiten. Ist der Beweis der Einrede des Beklagten geführt worden: so wird jetzt in folgender Form zu erkennen seyn: „daß Beklagter dasjenige, was ihm in dem vorigen Urtheile vom u. s. w. zu erweisen auferlegt worden, wie Recht, erwiesen, daher derselbe von der angestellten Klage (ganz, oder zum Theil, oder in sofern, daß u. s. w.) zu entbinden, es

---

[139] tit. I. de replicat. (IV. 14.) und das. Höpfner im Commentar.

*) Hier ist er wieder in seiner alten Rolle, denn die Replication ist die Befestigung der Klage.

**) Dieser kann ja aber auch nachgelassen werden.

könnte und wollte denn Kläger, wie ihm zu thun obliegt, binnen Ordnungsfrist seine Replik, daß der Vergleich in der Folge wieder aufgehoben worden sey, rechtlich erweisen, dessen genösse er, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweises noch billig, und erginge sodann u. s. w." d. Der Kläger kann endlich die Thatsachen, worauf die Einreden sich gründen, zugestehen, und andere Fakta dagegen vorbringen. Er räumt z. B. die Eingehung des Vergleichs mit Beklagten ein, und behauptet dagegen, daß man in der Folge wieder davon abgegangen sey. Hier, wo man nicht sagen kann, actor replicando fit reus, muß natürlich dem Kläger sogleich, auch neben dem Beweise des Klagegrundes, wenn dieser geleugnet wird, die Bewahrheitung der Schutzreplik, mit Freilassung des Gegenbeweises des Beklagten, auferlegt werden.

§. 39. Fortsetzung.

Duplicirende Antwort des Beklagten ist im allgemeinen Verstande jede Erwiederung desselben auf die Replik des Klägers. In diesem weitläufigern Sinne begreift dieser Vortrag in sich a. die wiederholte Bestreitung der Wahrheit des Klagegrundes, und die Ablehnung dessen, was der Kläger zur Unterstützung der Klage angeführt hat. Hier bleibt es natürlich dabei, daß der Kläger den Beweis des Abgeleugneten führen müsse, wie bei der Klage bereits bemerkt worden ist. b. Die wiederholte Ausführung und nähere Begründung der vorgeschützten Einreden; denn neue Exceptionen sollen hier eigentlich nicht vorkommen. In diesem Betrachte bleibt es ebenfalls bei dem Beweise der Einreden und bei dem, was darüber schon vorhin gesagt ist. c. Die Beantwortung der eigentlichen Replik des Klägers im strengen Verstande genommen — Schutzreplik — und zwar zuvörderst die Erklärung über Wahrheit und Unwahrheit der vom Kläger zur Entkräftung der Einreden des Beklagten angeführten Thatsachen. Der Beklagte kann diese seinerseits aa. zugestehen. Dadurch geht, wenn die Replik als solche den Rechten nach gültig ist, zwar die Einrede verloren, aber der Klagegrund ist eben dadurch noch nicht für zugestanden zu achten. Wenn der Beklagte auch zugiebt, daß ein über die Forderung des Klägers geschlossener Vergleich in der Folge wieder aufgehoben sey: so läßt sich daraus doch noch nicht folgern, daß er nun auch die in der Einlassung auf

die Klage abgeleugnete Forderung selbst als richtig anerkannt habe. Hier bleibt es also bei dem vom Kläger zu führenden Beweise des Klagegrundes. bb. Der Beklagte kann aber auch die Schutzreplik ganz oder zum Theil ableugnen; da denn der Kläger, nach zuvor bewiesenen Einreden des Beklagten, den faktischen Grund der Replik, so weit dieser ihm abgeleugnet ist, darthun muß. d. Die Anführung neuer Thatsachen, zur Beseitigung der vorhingedachten Replik im strengen Verstande des Worts, es sey nun, daß Beklagter diese letztere an sich in facto zugesteht, oder ganz oder zum Theil leugnet — Duplik im engern und eigentlichen Sinne [140] oder Schutzduplik, wie Sibeth es nennt — z. B. wenn auf des Klägers Replik, daß der eingewandte Vergleich wieder aufgehoben sey, geantwortet wird, daß die Parteien ihn nach der Zeit doch wieder hergestellt haben. Dies muß der Beklagte beweisen. Reus duplicando fit actor. Der Beweis liegt ihm, sobald der Klagegrund bereits außer Zweifel gesetzt ist, entweder schlechthin ob, wenn er den faktischen Grund der Replik zugestanden, oder erst nach bewiesener Replik, wenn er diese abgeleugnet hat. Allemal aber ist dem Kläger, wenn auf Beweis der Duplik erkannt wird, der Gegenbeweis freizulassen. Im Ganzen kann hier folgende Form des Urtheils zur Erläuterung dienen: „Daß Kläger, was ihm im vorigen Urtheile — noch zu erweisen auferlegt worden, wie Recht erwiesen, daher der Beklagte, Einwendens ungeachtet, die libellirte Schuld, sammt den rückständigen Zinsen und Kosten, zu bezahlen schuldig, es könnte und wollte denn derselbe annoch binnen rechtlicher Frist, mit Vorbehalt des in gleicher Zeit von Klägern zu führenden Gegenbeweises rechtlich darthun, daß der im Jahr 1800 geschlossene, im folgenden Jahre aber erwiesener Maßen aufgehobene Vergleich durch nachherige Vereinbarung der Parteien wieder hergestellt sey, dessen genösse er noch billig und erginge sodann u. s. w."

§. 40. Fortsetzung.

Nach der bisher gegebenen Anleitung ist nun auch die Reihe der Beweisführung in Ansehung der weitern Vorträge in der Triplik, Quadruplik u. s. w. sehr leicht zu bestimmen.

---

[140] Cit. tit. I. de replicat.

Beiläufig erhellet aus dem Vorigen, daß es eigentlich widersinnig sey, wenn auf die Replik des Klägers dem Beklagten aufgegeben wird, absque novis zu dupliciren. Freilich neue Einreden soll er jetzt nicht mehr vorbringen; aber die Duplik im eigentlichen Verstande besteht ja eben in der Anführung neuer Thatsachen, um dadurch die Replik, wenn sie auch erweislich wäre, außer Wirkung zu setzen; daher man jenen Zusatz billig nicht gebrauchen sollte [141].

Durch die abwechselnden Beweisauflagen, wie sie bisher der Reihe nach angeführt sind, wird freilich eine Streitsache von dem Ziele ihrer völligen Beendigung von Zeit zu Zeit entfernt, dem sie sich allerdings eher nähern würde, wenn der Beweis des Klagegrundes und der Replik, so wie der Einreden und der Duplik zugleich geführt werden müßte. Da aber dies eines Theils in den Gegenbeweisen, welche dadurch bald dem Kläger, bald dem Beklagten würden entzogen werden, große Hindernisse findet, andern Theils auch die vorhin angeführten Gesetze die Sache ausdrücklich anders bestimmen, und Niemand schuldig ist, sich die Last der Beweisführung eher, als bis es auf den Umstand, den er darthun soll, wirklich ankommt, aufbürden zu lassen: so sieht ein Jeder, daß die Richter, welche auf jene Art der Abkürzung des Verfahrens Bedacht nehmen wollten, ihre Urtheile gerechten Einwürfen aussetzen würden *).

§. 41. Das Behaupten einer Sache ist keine wesentliche Bedingung der Beweispflicht.

III. Gemeiniglich lassen es zwar die Parteien an ausdrücklicher Angabe der Thatsachen, die zu ihrem Frieden dienen, und worauf

---

[141] Sibeth erster Nachtrag S. 73. N. 1.

*) Wenn die gemeinrechtliche Eventualmaxime vollkommen Statt finden soll; wenn darauf gehalten wird, daß im Vorverfahren alle Anträge und Vertheidigungsmittel gehörig begründet werden: so läßt sich kein Nachtheil und keine Ungerechtigkeit darin finden, wenn die verschiedenen, an sich successiven, Hauptbeweisführungen in einem Zeitpunct combinirt werden. Nur der directe Gegenbeweis fordert immer seine eigne Ausführung nach dem Principalbeweis, um die Einwendungen gegen die erst in Erfahrung gebrachten Mittel des Letztern darin darthun zu können. Vergl. Mittermaier im Arch. für civ. Pr. VI, 361. f. Linde Ebendas. XII, S. 8. f. Martin bürg. Pr. §. 183. a. E. Linde Civ. Pr. §. 241. Des Herausgebers System des Civil. Pr. §. 392. f.

sich ihre Anträge gründen, nicht fehlen. Der Regel nach sollen sie das auch nicht; und gewöhnlich trifft es sich daher, daß derjenige beweisen muß, der gewisse Umstände für sich anführt. In sofern kann man nach dem, was meistens geschieht, den Satz gelten lassen: ab allegante sit probatio, oder wie es in unsern Gesetzen selbst heißt: ei incumbit probatio, qui dicit; non qui negat [142]. Allein als eine ausschließende und durchgreifende Bestimmung des zum Beweise Verpflichteten kann man dieses nicht annehmen. Das Gesetz sagt keinesweges, daß nur der qui dicit, dieser aber immer, und kein Anderer beweisen solle. Was den Gegensatz: non qui negat, betrifft: so ist davon vorhin schon ausführlich geredet worden. (§. 12.) Hier bemerken wir nur, daß das Behaupten einer Sache keinesweges eine wesentliche Bedingung der Verbindlichkeit zur Beweisführung sey. Es kann vielmehr 1. eine Partei Etwas gar nicht besonders anführen und natürlich doch den Beweis davon übernehmen müssen. Genug, daß sie Etwas verlangt, was ohne einen gewissen faktischen Grund nicht verlangt werden kann. Man darf hiebei nur an die Erfüllung des Contrakts erinnern, welche derjenige, der seiner Seits aus einem zweiseitigen Handel klagen will, allemal beweisen muß, er mag sie für sich als geschehen angeführt haben oder nicht. In der bekannten Form der Urtheile: „es könnte und wollte denn Kläger oder Beklagter annoch rechtlich beweisen, daß" u. s. w. wird häufig Jemandem ein Beweis über Thatsachen freigelassen, die ihm zur Begründung seiner Absicht noch zu Gute kommen, obgleich eine bestimmte Behauptung derselben in seinen Vorträgen nicht vorkommt *). Es kann aber auch wiederum 2. Jemand als vermeinten Grund seiner Klage oder Einrede Etwas anführen, was bei dieser Klage oder Einrede, die er wirklich geltend zu machen sucht, nicht wesentlich vorauszusetzen ist; z. B. wenn er da, wo zum Erwerb des Eigenthums die Uebergabe nicht erfordert wird, dennoch diese als modus adquirendi anführt. Hier muß ihn auch der Richter mit unnöthiger Beweisführung nicht belästigen, sondern den Beweissatz nur auf dasjenige einschränken, was zur Begründung des in Anrege gekommenen Rechts wesentlich gehört, in sofern das unter den

---

[142] L. 2. D. de probat.

*) S. indeß oben Aufs. II, a. E. Note *.

Parteien noch streitig ist; nichts kann aber in solchen Fällen unzutreffender und zugleich dem Zweck der Rechtspflege mehr entgegen seyn, als der Gebrauch jenes unbestimmten Ausdrucks in den Urtheilen: „daß Kläger (Beklagter) den Grund seiner Klage (Einrede) und so viel ihm daran verneinet worden, zu beweisen schuldig;" wodurch der Gegner die beste Gelegenheit erhält, den Beweisführer zu chikaniren, dieser aber in nicht geringe Verlegenheit gesetzt wird, wenn ihm darum zu thun ist, den eigentlichen Grund seines Antrags von den überflüssigen, und zur Sache nicht gehörigen Umständen abzusondern. — Hiernächst kann auch 3. Jemand einen Umstand für sich anführen, der allerdings bei der Sache selbst wesentlich in Betrachtung kommt, aber eigentlich die Begründung der Absicht des Gegners betrifft, da denn dieser, nicht aber der, welcher den Umstand für sich anführte, den Beweis zu übernehmen hat; z. B. wenn eine Gemeinde dem Kläger, welcher auf Bezahlung des ihrem Vorsteher angeliehenen Geldes dringt, den Umstand entgegensetzt, daß das Geld in ihren Angelegenheiten nicht verwandt sey: so liegt dem Kläger der Beweis ob, weil durch dieses Anführen eine Sache bestritten wird, ohne welche er gegen die Gemeinde selbst mit keiner Klage durchkommen kann.

§. 42. Ueber die Beweisführung in Fällen des qualificirten Geständnisses.

IV. Nach den bisher angeführten Grundsätzen ist nun die Frage: Wer beweisen müsse? in streitigen Fällen der Regel nach zu bestimmen, sobald Thatsachen vorkommen, die nicht schon rechtlich in Gewißheit gesetzt, oder vom Gegner zugestanden sind. Im Ganzen können wir uns zwar hiebei auf das oben in dem Aufsatze vom Geständnisse überhaupt schon Gesagte beziehen. Allein ein wichtiger Punkt, das sogenannte qualificirte Geständniß, ist noch unerörtert geblieben, jedoch um so weniger zu übergehen, da er den Richtern nicht selten zu schaffen macht, wenn sie bei Gelegenheit desselben dem einen, oder dem andern Theile den Beweis aufzulegen haben.

Der Ausdruck: qualificirtes Geständniß, kommt bei den Rechtsgelehrten in einer doppelten Bedeutung vor. Einmal wird darunter im Gegensatz der confessio nuda, vorzüglich von den Lehrern des

Criminalrechts [143], ein durch andere Gründe für die Wahrheit seines Inhalts unterstütztes Geständniß begriffen; zweitens wird es sowohl im Criminal- als Civilprozesse dem reinen oder uneingeschränkten Bekenntnisse, der confessio pura, entgegengesetzt, in sofern Jemand gewisse Thatsachen zwar nicht durchgängig in Abrede zieht, aber doch auch nicht gerade so, wie sie gegen ihn vorgebracht werden, sondern mit bestimmten Einschränkungen, und mit Hinzufügung anderer Verhältnisse, als richtig anerkennt. Man nennt dies auch bedingte Geständnisse; wiewohl dieser Ausdruck mit dem eingeschränkten oder qualificirten Geständnisse nicht ganz synonymisch gebraucht werden sollte. Bedingtes Geständniß ist nach Sibeths [144] richtiger Bemerkung eigentlich ein Antrag zu einer Vereinbarung der Parteien über einen gewissen Umstand; z. B. ich will das als wahr annehmen, wenn man mir dagegen auch das als richtig gelten lassen will. Durch dergleichen Erklärung, die in den Vorträgen der Parteien allerdings vorkommen, wird zur Zeit noch nichts eingeräumt. Das qualificirte oder eingeschränkte Geständniß erkennt eine gewisse Thatsache geradezu schon als wahr an, fügt aber Einschränkungen oder andere Verhältnisse hinzu. In dieser Beziehung ist es hier etwas näher zu erörtern. Der Kläger z. B. behauptet, das Haus vom Beklagten für eine gewisse Summe gekauft zu haben. Der Beklagte leugnet zwar im Ganzen den Handel nicht ab, behauptet aber, daß er nicht unbedingt, sondern in der Voraussetzung, wenn in zwei Monaten nicht mehr dafür geboten würde, geschlossen sey. Oder: der Verkäufer eines Hauses klagt gegen den Käufer. Dieser gesteht a. das Haus gekauft, b. 6000 Rthlr. Kaufgelder versprochen zu haben, fügt aber hinzu c. daß nicht bloß das Haus, sondern ein gewisser Theil der Meublen, der Büchervorrath u. s. w. in dem Handel und in jener Kaufsumme mit begriffen gewesen sey. Ferner: der Beklagte gesteht den Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, als richtig zu, will aber bei Schließung desselben noch minderjährig, oder wahnsinnig, oder betrunken gewesen seyn. Hier entsteht nun die Frage: ob durch Geständnisse dieser Art der faktische

---

[143] *G. J. F. Meister* princ. jur. crimin. §. 405. edit. 4. *Dieser Sprachgebrauch ist jedoch kein allgemein herrschender geworden. Confessio vestita heißt sie in Meisters neuester Ausgabe.

[144] S. die folgende Note.

Klagegrund an sich außer Streit gesetzt sey, dergestalt, daß es jetzt nur auf den Beweis der Einschränkung ankomme, da denn freilich der Beklagte diesen würde übernehmen müssen; oder im Gegentheil, ob das Fundament der Klage jetzt noch einen weitern, nämlich die gegenseitige Einschränkung ausschließenden, Beweis erfordere? Hier ist es, wie ein Jeder, auch ohne daran erinnert zu werden, sogleich einsieht, wo es vorzüglich darauf ankommt, das, was zur Begründung der Klage erforderlich ist, von dem, was eigentlich zu den Einreden des Beklagten gehört, und so weiter auch, was zur Rechtfertigung der letztern genügt, von dem zu unterscheiden, worauf die Replik des Klägers sich gründet. Die Rechtsgelehrten sind hier nicht einig, und es ist schon Manches über die Sache geschrieben worden, um sie aufs Reine zu bringen [145]. Vor allen Dingen ist der Punkt, worauf es eigentlich ankommt, bei diesem Streite gehörig zu bestimmen. Man pflegt die Frage so auszudrücken: ob ein streitender Theil das gegenseitige qualificirte Geständniß, so weit es ihm günstig ist, annehmen, hingegen die beigefügte Einschränkung oder den Zusatz ableugnen, und darüber den Beweis vom Gegner erwarten dürfe? d. i. wie auch kürzer gefragt wird: ob das qualificirte Geständniß sich theilen lasse? Beides drückt aber die Sache selbst, und was man eigentlich zu wissen verlangt, nicht gehörig aus, wie Sibeth schon richtig bemerkt hat. Denn an sich ist gar nicht abzusehen, wie es einmal zur Frage kommen könne, warum

---

[145] Man sehe vorzüglich Sibeth Skizze einer Theor. v. gerichtl. Klagen u. s. w. S. 38. und 1sten Nachtrag, S. 21. u. s. w. vergl. *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 18, 2. Claproth ordentl. Proz. §. 217. Danz Grundſ. d. gemein. ordentl. Proz. §. 297. *Frid. de Graffen* de confessione qualificata. Goett. 1769. Gmelin und Elsässer gemeinnütz. Beob. II. 8. Meisters Erkenntn. in peinl. Fällen. I 43. Münter von den Erfahrungen in der ausübenden Rechtsgel. Zelle 1799. I. 13. Gönner Handb. des Pr. II, 43. 14. *Die neuesten: Bornemann über die conf. qualif. im Civil Pr. Hannov. 1806. Hunderich Darst. aus dem Geb. der Rechtsw. Quedlinb. 1819. S. 33. f. Gesterding im Arch. f. civ. Pr. II, S. 217. f. Sommer Ebd. IV, S. 23. f. Linde Abh. I, S. 88. f. *Car. Schütz,* de conf. qualit. Tub. 1826. Heddäus über das qualif. Geständniß. Mannh. 1827. *Lud. de Zschock* de conf. qualif. omnino rejicienda. Goett. 1837. A. W. S. Francke Vers. über das qualif. Geständniß im Civil-Pr. Kiel 1832. Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. XVI, 84. Duttlinger, v. Weiler u. v. Kettmacker Arch. f. Rechtspfl. I, 176. 563. II, 225. III, 463. Brackenhoeft im Arch. f. civ. Pr. XXII, 126. 212.

das qualificirte Geständniß nicht sollte getheilt, oder das, was wirklich darin zugestanden wird, als wahr angenommen, das Uebrige aber bestritten werden können? Wenn der Beklagte antwortet: Ich habe zwar mit dir einen Kauf verabredet, aber nur unter gewissen Bedingungen: so ist doch der Kläger ganz unleugbar berechtigt, soviel schon als erwiesen anzunehmen, daß überhaupt ein Contrakt, und zwar ein Kaufcontrakt zwischen ihm und Beklagten zu Stande gekommen sey. Wer wird aber wohl je behaupten wollen, daß der Kläger, wenn er dies als erwiesen annehmen wolle, nun auch das Uebrige, was der Beklagte noch weiter hinzufügt, ebenfalls für richtig anerkennen müsse? Offenbar kann er sagen: das gegenseitige Vorgeben einer Bedingung u. s. w. ist falsch; der Handel ist unbedingt abgeschlossen worden. Und was ist denn das anders, als das Geständniß theilen? Dies kann also mit Vernunft und Recht nie unzuläßig genannt werden. Allein indem der Kläger sich so, wie gesagt, und wie es ihm unstreitig freisteht, über das gegenseitige Geständniß erklärt, kann er freilich noch nicht gleich verlangen, daß nun auch der Beklagte den Beweis dessen, was jetzt noch unter Beiden streitig ist, übernehmen müsse. Dies ist es, worauf es bei der streitigen Rechtslehre, wovon hier die Rede ist, recht eigentlich nur ankommt. Man hätte also auch bloß hierauf die Frage einschränken sollen, in wiefern nämlich das qualificirte Geständniß demjenigen, der es abgelegt hat, die Verbindlichkeit auflege, in Ansehung des faktischen Zusatzes, wenn dieser vom Gegentheile bestritten wird, den Beweis zu übernehmen. Nun sind bei dem qualificirten Geständnisse hauptsächlich nur zwei Fälle denkbar. 1. Wenn durch dasselbe die Thatsachen, worauf Klage oder Einrede sich gründen, nur zum Theil, oder nicht so, wie sie dem gegenseitigen Vortrage zum Grunde liegen, sondern mit andern Bestimmungen zugestanden werden. 2. Wenn der faktische Grund des gegenseitigen Anbringens, so weit es die Rechtfertigung desselben an sich erfordert, ganz eingeräumt, mithin das, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede selbst nur gehört, als wahr und richtig zugegeben wird, nun aber besondere Umstände und Verhältnisse angeführt werden, um dadurch die gegenseitige Intention abzuweisen oder zu zerstören. Zu den Fällen der erstern Art gehört es, wenn der Beklagte die Schließung eines Contrakts überhaupt zwar zugesteht, aber dagegen behauptet, daß der Handel selbst gleich Anfangs bedingt, oder mit gewissen Einschränkungen geschlossen sey, oder wenn

der Käufer behauptet, daß nicht das Haus allein, sondern die Meublen, die Bibliothek u. s. w. zugleich mit in dem Handel begriffen gewesen seyen. Zu den Fällen der zweiten Art hingegen würde die Gegenbehauptung des Beklagten gehören, daß in der Folge, nach völlig abgeschlossenem Handel, noch besondere Bedingungen oder Einschränkungen verabredet wären, ferner, daß er, Beklagter, bei der Schließung des Kaufs noch minderjährig, betrunken oder wahnsinnig gewesen, daß er zu den gegen den Kläger verübten Thätlichkeiten durch dessen Angriff gereizt u. s. w. Man muß nur, wie hieraus ganz deutlich erhellet, in vorkommenden Fällen, um das qualificirte Bekenntniß in seinen Folgen richtig zu beurtheilen, erst mit der Frage aufs Reine seyn, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede, wovon die Rede ist, gehöre. Hat der Gegner dies nicht, oder nicht ganz eingeräumt, so muß es von dem, der es für sich anführt, völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden; im umgekehrten Falle aber, wenn dies Alles zugestanden ist, muß der Gegner die facta, welche er für sich anbringt, beweisen.

§. 43. Fortsetzung.

Prüfet man nun jene Fälle der erstern Art etwas genauer, so muß natürlich der faktische Grund der Klage oder Einrede, so weit er abgeleugnet ist, durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden. Dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn der dem Kläger zugestandene Umstand zugleich eine Rechtsvermuthung für die übrigen Behauptungen, welche der Beklagte zu bestreiten sucht, erzeugt. Wer mit der actio de partu agnoscendo belangt wird, und den Beischlaf im siebenten, achten, neunten oder zehnten Monat vor der Geburt des Kindes mit der Mutter desselben einräumt, gleichwohl aber die Vaterschaft ableugnet, hat die Vermuthung der Gesetze gegen sich, und kann daher die Klägerin nicht weiter mit Beweisen belästigen *). Wenn aber dem Kläger dergleichen gesetzliche Vermuthung nicht zu Statten kommt, so muß er auch seinen Klagegrund, so weit er ihm abgeleugnet ist, gehörig bewahrheiten. Ist nun z. B. aus einem

---

*) Hieher gehört denn auch die l. 5. §. 1. D. de probat. Vergl. des Herausg. Institut. S. 189. (System des Civ. Proc. §. 227.)

unbedingten Kauf geklagt worden, und der Beklagte bestreitet diese Eigenschaft, indem er vielmehr behauptet, daß Bedingungen dabei verabredet wären, so kann der Kläger, wie schon vorhin bemerkt ward, im Allgemeinen zwar den Umstand als zugestanden annehmen, daß überhaupt zwischen ihm und dem Beklagten ein Contrakt geschlossen sey, aber das kann er doch nicht behaupten, daß dieser Handel gänzlich so, wie er daraus geklagt hat, eingeräumt sey. Denn dies hat ja der Beklagte offenbar durch die Angabe des bedingten Kaufs bestritten, mithin muß der Kläger nun erst beweisen, daß ein solcher Handel, wie ihn der Klagevortrag zum Grunde legt, nämlich ein reiner Kauf, ohne beigefügte Bedingung abgeschlossen sey. Man kann hiegegen nicht anführen, daß Bedingungen nicht vermuthet würden, oder nicht mit Claproth einwenden, „daß unter tausend Verträgen kaum einer Bedingunsweise geschlossen würde, warum also der Kläger beweisen solle, daß der Vertrag ohne alle Bedingung geschlossen sey?" — Denn die Schließung eines Contrakts, sie geschehe, in welcher Form man will, ist immer res facti, wird überhaupt nicht, mithin auch in der unbedingten Form nicht, vermuthet, welche der Kläger für sich anführt, und wenn der Beklagte diese Form leugnet, dagegen aber eine bedingte Verabredung vorwendet, so läßt sich mit keinem Grunde dem Beklagten nun doch eine Vermuthung entgegensetzen, daß er anders, als er zugesteht, contrahirt habe. Welches Gesetz rechtfertigt wohl je eine solche Vermuthung. Daß viel häufiger unbedingte als bedingte Verträge geschlossen werden, kann die Sache zum Nachtheil dessen nicht ändern, der gleichwohl bestimmt behauptet, daß er nur unter gewissen Bedingungen gehandelt habe. Auf den Einwurf, daß der Kläger einen verneinenden Satz nicht schuldig sey zu beweisen, ist gar nicht zu achten, wie aus dem Vorhergehenden deutlich erhellet. „Gründet sich aber," um mit Claproth weiter zu reden, „nicht der Beklagte in der Bedingung zur Entkräftung der Klage, und ist er nicht diese Einrede zu beweisen schuldig, da er sie behauptet, der Kläger aber leugnet?" Dies macht allerdings eine genaue Aufmerksamkeit des Richters nöthig, da bei diesen qualificirten Geständnissen der erstern Art die Bestreitung des faktischen Klagegrundes und das Vorbringen einer Einrede gewissermaßen zusammentrifft. Bestreitung des Klagevortrags — inficiatio — ist es in sofern, als der Beklagte nicht zugesteht, den Handel rein und unbedingt geschlossen zu haben, hingegen als Einrede kann das besondere Anführen dieser oder jener

bestimmten Einschränkung oder Bedingung betrachtet werden, die nach Beklagtens Behauptung wirklich hinzugefügt oder verabredet seyn soll. Beides vereinigt sich hier in der Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel selbst gleich Anfangs nicht rein, sondern bedingt, und zwar mit Verabredung dieser oder jener Bedingung geschlossen sey. Um aber bei manchen Richtern recht sicher zu gehen, ist es dem Beklagten nach Sibeths Bemerkung wohl anzurathen, sich statt der bejahenden und eigentlichen Form des qualificirten Geständnisses: „Ich gestehe, mit Klägern contrahirt zu haben, jedoch nur unter folgenden Bedingungen, daß u. s. w." sich lieber in verneinenden Ausdrücken über den Klagegrund vernehmen zu lassen: „Ich leugne, mit Klägern einen unbedingten Kauf, wie er ihn vorgiebt, geschlossen zu haben; behaupte vielmehr dagegen, daß folgende Bedingungen verabredet sind."

Diesem Allen zur Folge ist der Kläger schuldig, den unbedingt geschlossenen Handel zu beweisen *). Aber auch nur dies liegt ihm ob, darzuthun. Kann er also einen schriftlich vollzogenen Contrakt beibringen, in welchem von keiner Bedingung die Rede ist, oder bei mündlich verabredetem Geschäfte durch Zeugen einen reinen Handel bewahrheiten, so trifft nun die Reihe des Beweises den Beklagten, welcher entweder dennoch die bedingte Vereinbarung darthun, oder sich gefallen lassen muß, nach der vom Kläger behaupteten und erwiesenen Form des Contrakts verurtheilt zu werden. Nicht anders verhält es sich auch in dem vorhin angeführten Beispiele, da der Beklagte zwar gestand, das Haus gekauft zu haben, aber mit demselben zugleich auch noch andere Sachen für denselben Preis erhandelt haben wollte. Der klagende Verkäufer muß dann unstreitig darthun, daß nur das Haus und nichts mehr den Gegenstand des Handels ausgemacht habe. Dem Beklagten aber ist dagegen der besondere Beweis seiner bestimmten Angaben freizulassen. Es steht bei ihm, dies als direkten Gegenbeweis sogleich beizubringen, oder als Beweis der Einrede nachzuholen. Nur wird immer hiebei vorausgesetzt, daß seiner Behauptung nach die Verbindung mehrerer Gegenstände des Kaufs gleich Anfangs den Handel ausgemacht habe.

---

*) Das Gegentheil wird behauptet von Hollweg a. a. O. S. 354. f. Gesterding im Archiv f. civil. Praxis II, S. 217. f. S. aber noch Hasse im Rhein. Mus. III, S, 134. f. u. unten das Summarium.

Denn wollte er erst nach abgeschlossenem Kaufe diese oder jene Zugabe zu dem Objekte des Contrakts noch mit dem Verkäufer verabredet haben, so würde dies als bloße Einrede gegen eine an sich schon völlig begründete Klage zu betrachten seyn, mithin auch die Last des Hauptbeweises allein den Beklagten treffen, wie dies überhaupt in den vorhin angeführten Fällen der zweiten Art (§. 43. a. E.) zutrifft.

§. 44. Fortsetzung.

In Fällen der zweiten Art genügt es dem Kläger, daß wirklich das vom Beklagten zugestanden ist, was an sich zur Begründung der Klage gehört. Wenn also der Beklagte vorschützt, daß er zur Zeit des Handels minderjährig, betrunken oder wahnsinnig gewesen sey, so wird hiedurch von dem, was zur Begründung der Klage an sich nur gehört, (§. 18 u. s. w.) nichts bestritten, mithin besteht alles dieses nur in Einreden, die der Beklagte zu beweisen schuldig ist, wenn er jenen Grund der Klage nicht zu leugnen vermag. Hat ferner der Beklagte die Gewaltthätigkeiten, derentwegen ihn der Kläger in Anspruch nimmt, an sich zugestanden, dagegen aber den Zustand einer rechtmäßigen Vertheidigung vorgeschützt, so liegt es ihm auch ob, durch rechtlichen Beweis desselben sein Verfahren, was sonst die Klage zureichend begründet, zu rechtfertigen [146]. In allen diesen Fällen verhält sich also die Sache ganz anders, als bei denen der erstern Art, z. B. dem vorhin erwähnten Vorwande des bedingten Handels. Denn dort ward durch das qualificirte Geständniß der faktische Klagegrund an sich nicht, so wie ihn der Kläger angebracht hatte, eingeräumt. Die Klage bezog sich auf einen reinen Kauf, den der Beklagte in Abrede stellte. Hier aber wird dem Kläger Alles, was er zur Begründung seines Antrags nur zu sagen hat, eingeräumt, dagegen aber aus andern ihm entgegenstehenden Thatsachen eine Einrede gegen ihn hergenommen. Dies würde also bei dem Vorwande eines unter Bedingungen geschlossenen Contrakts nur dann zutreffen, wenn der Beklagte die reine Absicht des Handels zugestände, dagegen aber anführte, daß dieser in der Folge erst durch besondere Verabredung von gewissen

---

[146] Art. 141. d. peinl. Gerichtsordn.

Bedingungen wieder abhängig gemacht sey, wie schon die Glossatoren ad L. 9. C. de except. hiebei richtig unterschieden [147].

§. 45. Fortsetzung.

Noch ein Paar Rechtsfälle mögen zur Anleitung dienen, wie das qualificirte Geständniß in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, und ob es zu den Fällen der erstern, oder der zweiten Art zu rechnen sey.

A. Der Inhaber einer Zwangsmühle nimmt einen seiner Mahlgäste wegen sogenannten Ausmahlens in Anspruch. Der Beklagte gesteht, Korn nach einer andern Mühle gebracht zu haben, leugnet aber, daß es sein Korn gewesen, oder für seine Bedürfnisse gemahlen worden sey, sondern behauptet dagegen, daß er es für andere, dem Zwangsrechte des Klägers nicht unterworfene, Hauswirthe in eine andere Mühle gefahren habe. Muß nun der Beklagte diesen Vorwand, oder muß der Kläger beweisen, daß jener für seinen Gebrauch und seine Wirthschaft das Korn anderswo habe mahlen lassen? Man prüfe, ob der Beklagte durch das zugestandene Faktum schon so viel eingeräumt habe, als zur Begründung der an-

---

[147] Bei Gelegenheit dieses schon Note 14. angeführten Gesetzes kommt in der Glosse eine Erörterung der qualificirten Geständnisse vor, und zwar ganz eigentlich in Beziehung auf die Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, nicht pure, sondern bedingt geschlossen sey. Hiebei ist aber die Bemerkung Thibauts Syst. des Pand. R. §. 636. Note 11. noch Etwas zu berichtigen. Es sind nur Zweifelsgründe, wonach die Glosse Anfangs den Beklagten als denjenigen ansieht, der schlechthin das Vorgeben des bedingten Handels beweisen müsse. Die Entscheidungsgründe lauten aber anders, und zeigen, daß man das Gegentheil richtiger gefunden habe, wenn nämlich der Beklagte wirklich vorgiebt, der Handel sey gleich Anfangs bedingt geschlossen worden, welches die Glossatoren richtig von dem unterschieden, was in der Folge erst nach abgeschlossenem Handel verabredet seyn soll, welches Letztere freilich der Beklagte, der sich darauf beruft, beweisen muß. Sed contra, heißt es, videtur negasse puritatem, nisi actor probet puritatem, vel conditionem extitisse; sicut enim actor non videtur in judicium deduxisse, quod non sentit: sic nec reus videtur confiteri, quod non sentit. — — Qui conditionem ita apponit, in ipsa actionis nativitate apponat, quasi nec sit nata actio — — et sic aliud est, quam in exceptione pacti, vel simili, quae nascitur post nativitatem primae actionis.

gestellten Klage erforderlich ist. Dies wird sich nicht füglich behaupten lassen. Das Zwangsrecht des Klägers geht ja nicht dahin, daß andern Mühlen eines gewissen Distrikts überhaupt kein Korn zugebracht werden dürfe, mithin ist durch das bloße Fahren des Getreides nach einer benachbarten Mühle, welches Beklagter zugesteht, der Anspruch des Klägers noch nicht begründet, wenn jener nicht auch zugleich einräumet, daß er das Korn für sich und zu seinem Gebrauche, oder auch wissentlich für andere, dem Zwangsrechte des Klägers gleichfalls unterworfene, Personen, dahin gebracht habe. An diesem Bekenntnisse fehlt es aber, vielmehr wird gerade der Punkt, worauf es ankommt, vom Beklagten geleugnet, mithin muß der Kläger den Beweis desselben erst darbringen, und dadurch die Begründung seiner Klage ergänzen, ehe gegen den Beklagten, oder auch diesem nur der Beweis seiner Gegenbehauptung auferlegt werden kann.

B. Auf die aus einem Darlehn angestellte Klage antwortet der Beklagte, daß er zwar den Empfang der angegebenen Summe zugestehe, aber diese nicht vom Kläger geborgt, sondern nur zur Aufbewahrung erhalten habe, die Wiedererstattung aber darum nicht leisten könne, weil ihm das Geld mittelst gewaltsamen Einbruchs entwandt sey. Der Kläger widerspricht zwar Beiden; allein vor allen Dingen muß er doch erst das vom Beklagten abgeleugnete mutuum beweisen. Kann er dies: so ist natürlich auf die Einrede der Unglücksfälle nicht weiter zu achten. Fehlt es aber an jenem Beweise, so kommt es darauf an, ob Beklagter den ihm nicht beizumessenden Verlust des Geldes darzuthun vermag, der ihn freilich, als Depositar betrachtet, gegen die Ansprüche des Klägers sichert (§. 21).

C. Ein Schuldner setzt seinem klagenden Gläubiger die Einrede des bewilligten Nachlasses entgegen. Der Kläger gesteht zwar, daß er bei der Unterhandlung des Beklagten mit seinen Gläubigern dem Nachlaßvertrag äußerlich mit beigetreten, aber daß dies nur zum Scheine geschehen sey, um die Sache zu Stande zu bringen; daß hingegen Beklagter ihm unter der Hand die völlige Befriedigung zugesichert habe. Durch dies qualificirte Geständniß des Klägers ist unstreitig so viel in facto eingeräumt, als zur Begründung der Einrede des Beklagten rechtlich gefordert werden kann. Dieser braucht nichts mehr, als die wirklich erklärte Einwilligung des Klägers zu beweisen, wie das nur einem Jeden obliegt, der aus Verträgen An-

derer ein Recht oder eine Befreiung herleitet. Daß es hingegen mit dieser Erklärung auch wirklicher Ernst gewesen, daß keine Simulation dabei geschehen sey, braucht der nicht zu beweisen, der die äußere Form der Vereinbarung beider Theile beigebracht hat, sondern es kommt dem andern Theile, der dies bestreiten will, zu, das Gegentheil darzuthun (§. 18. und 44.). Der Beklagte ist also hier unstreitig berechtigt, vermöge des gegenseitigen Geständnisses, seine Einrede als förmlich wahr anzunehmen, und sich damit gegen die Forderung des Klägers zu schützen, wofern dieser seine in der Replik vorgebrachte Gegenbehauptung nicht gehörig zu beweisen vermag.

§. 46. Ausnahmen von der allgemeinen Regel.

V. Es ist aber gleich Anfangs bei Angabe der allgemeinen Regel, wonach die Verbindlichkeit zur Beweisführung in Ansehung des Subjekts zu bestimmen ist, nicht unbemerkt geblieben, daß darin auch auf die Ausnahmen Rücksicht zu nehmen sey, welche nach besondern Vorschriften der Gesetze in vorkommenden Fällen Statt finden können. Und davon wird also nunmehr noch Etwas näher zu reden seyn *).

1. Die erste und vorzüglichste dieser Ausnahmen ist freilich, wenn das Gesetz für irgend eine Thatsache vollgültige Vermuthung sanctionirt hat.

Diese befreiet denjenigen, der sie für sich hat, vom Beweise, und zwar a. überhaupt, wenn der Beweissatz selbst, worauf es ankommt, schon rechtlich als wahr vermuthet wird; b. von weiterer Beweisführung, wenn Jemand eine Thatsache bewiesen hat, die nach rechtlicher Vermuthung eine Schlußfolge auf den Hauptumstand, den er zu beweisen schuldig ist, zuläßt; z. B. der Beklagte behauptet und soll beweisen, daß die Schuld ihm erlassen, oder daß sie von ihm bezahlt sey. Er beweiset, daß ihm der Gläubiger die Handschrift zurückgegeben habe [148]. Dieß ist hinreichend, weil er nunmehr

---

*) Gegen die Aufstellung dieser Ausnahmen erklärt sich zum Theil Vorst a. a. O. §. 31. aus theoretischen Rücksichten, ohne daß jedoch im Wesentlichen Etwas dadurch gewonnen wird.

[148] L. 15. C. de solut. Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseveras, nihil de jure tuo diminutum est. Qui-

aus dieser Thatsache die Vermuthung für sich hat, daß die Schuld getilgt sey. Jetzt kommt also die Reihe des Beweises wieder an den Kläger, wenn er jene Schlußfolge aus der Zurückgabe der Verschreibung nicht gelten lassen will, sondern vielmehr dagegen behauptet, daß in hypothesi eine andere Ursache oder Absicht damit verbunden gewesen sey. — In dem vorhergehenden fünften Aufsatze ist übrigens von den Vermuthungen ausführlich gehandelt, und besonders gezeigt worden, was auch aus mehreren in dem gegenwärtigen Abschnitte vorkommenden Beispielen deutlich erhellet, daß die Richter große Ursache haben, gegen die Rechtsvermuthungen, womit die Schriften der ältern und neuern Rechtsgelehrten sehr freigebig sind, immer etwas mißtrauisch zu seyn, dergleichen nicht ungeprüft anzunehmen, sondern allemal erst die Gesetze selbst zu Rathe zu ziehen, ohne deren bestimmte Sanction sich durchaus keine praesumtio juris annehmen läßt, wofern nicht ein unleugbares, aber freilich wohl in den wenigsten Fällen erweisliches Gewohnheitsrecht ein Gleiches mit sich bringen sollte [149]. Natürlich bedarf dies Alles hier keiner Wiederholung. Gerade mit dieser Materie steht übrigens eine der berühmtesten und ältesten Rechtscontroversen, nämlich über die Last des Beweises bei angestellter Negatorienklage, in genauer Verbindung. Man weiß, daß in diesem Streite besonders von Präsumtionen für die Freiheit und für den Besitz die Rede ist, und bald der einen, bald der andern das Uebergewicht beigelegt wird. Ich habe mich über beide vermeinte Vermuthungen, so wie auch über den Beweis der Verneinung, worauf es bei jenem Streite gleichfalls ankommt, schon im Vorhergehenden, über die Controverse selbst aber, in einer andern Schrift [150] bereits näher erklärt, worauf ich mich also hier beziehe.

---

buscunque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti jure compellet. Schneider vom Beweise. S. 414.

[149] Bloße Meinungen der Doctoren können die Stelle dieses Beweises nicht vertreten.

[150] Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden Nr. 16. S. 121. des zweiten und dritten Stücks. *Der sel. Verfasser hat sich indeß in der angeführten Schrift nicht ausführlich über die ganze berühmte Controverse erklärt, sondern mehr nur darauf beschränkt, zwei Gründe von Hufeland zu widerlegen, die dieser in seinen Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung der

2. Bisweilen haben die Gesetze gewisse Personen durch besondere Begünstigung von der Last der Beweisführung befreiet, welche sie sonst der Regel nach würden übernehmen müssen. Dergleichen jus singulare, welches also die zweite Ausnahme von jener Regel ausmacht, findet nach Vorschrift der Gesetze Statt, wenn Minderjährige, Weiber, Soldaten, oder andere des Rechts und der rechtlichen Geschäfte unkundige Personen eine geleistete Zahlung als unpflichtig zurückfordern, indem alsdann nicht ihnen, als Klägern, wie es sonst die condictio indebiti mit sich bringt, der Beweis der Nichtschuld, sondern dem Beklagten der Beweis der mit Recht erhaltenen Zahlung, obliegen soll [151].

3. Die letzte Art der Ausnahme findet sich in sehr gerechten Anordnungen der Gesetze zur Strafe des Beklagten, der entweder A. einen gewissen Umstand vorsätzlich wider die Wahrheit vor Gericht ableugnet, oder B. durch Vorsatz oder grobes Versehen den Kläger beschädigt, wenigstens denselben außer Stand gesetzt hat, seine Forderung der Quantität nach durch die ordentlichen Beweismittel zu begründen.

A. Das wahrheitswidrige Leugnen eines Umstandes kann den Beklagten verpflichten, nunmehr auch in der Hauptsache die ihm sonst nicht obgelegene Beweisführung entweder sogleich unmittelbar, oder mittelst der Stelle des Klägers, die ihm jetzt nur übrig bleibt, zu übernehmen. Dahin gehört a. wenn Jemand mit der condictio indebiti belangt wird, und den Empfang der Zahlung überhaupt leugnet, dessen aber danächst überwiesen wird. Jetzt muß er be-

positiven Rechtswissenschaft, Jena, 1802. IV, 10. für die Ansicht daß der Beklagte die Beweisführung übernehmen müsse, aufgestellt hatte. Indessen spricht er in der Kürze seine Meinung dahin aus, daß der Kläger die Beweislast bei der negatorischen Klage zu übernehmen habe, und daß auch zu dem desfallsigen Beweise die Beibringung des Eigenthums von Seiten des Klägers noch keineswegs genüge, vielmehr darin nur die Legitimation zur Sache gefunden werden könne. (S. 139. 136. a. a. O.) — Weiteres s. unten im Summarium.

[151] L. 25. §. 1. D. de probat. verb. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidia deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas: et si non ostenderit, eas redhibere.

weisen, daß er das an ihn Gezahlte wirklich zu fordern hatte [152]. b. Wenn der Beklagte eines vorsätzlich wider die Wahrheit abgeleugneten Besitzes überwiesen wird, so muß er die Sache dem Kläger abtreten, und nun sein Recht klagend verfolgen, mithin auch beweisen [153]. c. Wenn der dritte Besitzer einer als Pfand gegen ihn verfolgten Sache das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders leugnet, und der Kläger dies beweiset, so muß jener erst den Besitz der Sache abtreten, und nun ein besseres oder vorzüglicheres Recht an der Sache ausführen [154].

B. Ist der Beklagte in Ansehung eines dem Kläger zugefügten Schadens, oder in Ansehung der Ungewißheit, worin sich die Forderung des Klägers befindet, bereits des unerlaubten Vorsatzes, oder eines groben Versehens rechtlich überwiesen zu achten, so erlauben die Gesetze statt weiteren Beweises dem Kläger den Schätzungseid, jusjurandum in litem. Dieser Eid enthält allerdings eine beträchtliche Abweichung von der Regel des Civilrechts, und ist als etwas ganz Besonderes in poenam doli et contumaciae von den Gesetzen vorgeschrieben. Allein eine sehr mangelhafte und unbefriedigende Vorstellung ist es, wenn man diese Abweichung, und das Eigenthümliche des gedachten Eides bloß in dem Gegenstande, der dadurch beschworen wird, d. i. dem sogenannten Affektionspreis, anzutreffen glaubt. Man lese doch die Gesetzstellen des Titels: de in litem jurando einmal der Reihe nach durch; kaum beiläufig geschieht darin jenes Werths der besondern Vorliebe Erwähnung. Es wird genügen, hier kürzlich in Erinnerung zu bringen, was bei einer an-

---

[152] L. 25. pr. D. eod. verb. Si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam, hoc negaverit; et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit; per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere.

[153] L. 80. D. de R. V. In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem licet suam esse non adprobaverit. Nov. 18. cap. 10. *Stryk* U. M. tit. de rei vind. §. 19.

[154] Cit. Nov. 18. cap. 10. Auth. Item possessor C. qui pot. in pign.

dern Gelegenheit [155] bereits über die Sache bemerkt worden ist. Die ganze Anordnung der Gesetze ist diese: Der Regel nach ist jeder Kläger schuldig, die Thatsachen, worauf sein Recht beruht, in quali et quanto, gehörig zu beweisen. Kein Gesetz erlaubt ihm aber, nach der Regel des Civilrechts, als Zeugen in seiner eigenen Sache aufzutreten, und bloß durch seinen Eid jene Beweisführung zu bewerkstelligen. Wie aber, wenn eben ein rechtlich erwiesener, wenigstens dafür anzunehmender, dolus, oder aktenkundiger Ungehorsam des Beklagten jene Ungewißheit in facto, und den Abgang ordentlicher Beweismittel veranlaßt? z. B. ein Vormund läßt es an der Beibringung eines Inventarium fehlen, und setzt dadurch den Pupillen außer Stand, sein Vermögen zu beweisen [156]; oder der Kläger hat bereits den Beklagten überführt, daß dieser Urkunden, die zum Beweise gegen ihn hätten gebraucht werden sollen, absichtlich auf die Seite geschafft, oder ihn sonst vorsätzlich um das Seinige gebracht habe. In diesen und ähnlichen Fällen ist es, wo die Gesetze zur Strafe des Beklagten dem Kläger gestatten, den Gegenstand seines Rechts eidlich selbst zu bestimmen. Allerdings kann der Kläger nun auch bei diesem Eide auf Alles Rücksicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der besondern Vorliebe, den gewisse Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf sein persönliches Interesse in seinem ganzen Umfange. Dies Alles ist eine natürliche Folge jener einseitigen Bestimmung, welche dem Kläger, gleichsam als Richter und Zeugen in seiner eignen Sache, zur Strafe des Beklagten freigegeben ist; aber keineswegs erschöpft die Zulässigkeit der Schätzung eines Objekts nach jenem besondern Werthe den eigenthümlichen Begriff des gedachten Eides. Außer den Fällen nun, wo dem Beklagten ein widerrechtlicher Vorsatz, demselben gleich zu schätzende lata culpa, oder

---

[155] Neue allgem. D. Bibliothek. Anhang zum 1sten bis 28sten Bande 3te Abth. S. 86. *Mühlenbruch Doctr. Pand. II, §. 366. und die das. Angef. jetzt besonders v. Schröter in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VII, n. 11. v. Savigny System V, 221. 222. 224.

[156] L. 7. pr. D. de admin. et per tutor. Tutor, qui repertorium non fecit quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex jurejurando in item aestimatur.

Ungehorsam schon als erwiesen zur Last fällt, muß der Kläger sein Recht oder seine Forderung an sich, und den Belang derselben gehörig beweisen, oder gewärtigen, daß der Beklagte nach der bekannten Regel: actore non probante etc. losgesprochen werde [157]. Dieser wahre Gesichtspunkt, woraus die Sache zu beurtheilen ist, ergiebt nun auch deutlich, warum der Eid in litem, als Strafe des Beklagten, nach den Grundsätzen des römischen Civilrechts, nicht gegen die Erben Statt findet, wenn nicht vorher schon bei Lebzeiten des Erblassers der Prozeß angefangen ist [158]; warum es ferner der Willkühr des Klägers überlassen bleibt, ob er sich dieses besondern Rechts der eidlichen Bestimmung des Seinigen bedienen, oder im ordentlichen Wege Rechtens den Belang seiner Forderung ausmachen wolle [159] u. d. m. Natürlich ist mit diesem Eide in litem der Schätzungseid nicht zu vermischen, der dem Kläger im Wege der ordentlichen Beweisführung freigelassen wird, um einen nicht zulänglichen Beweis dadurch zu ergänzen.

---

[157] L. 2. C. de in litem jur. Is, qui rationem tutelae seu curae reposcit, invitus in litem jurare compelli non potest: sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest. *Vergl. l. 15. §. 9. D. quod vi aut cam.

[158] L. 4. C. de in lit. jurando. Verb. heres ejus ita demum, si reperta (sc. instrumenta) in hereditate dolo malo non exhibeat. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus vobis in heredes ejus actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit: non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam constitutionum partes suas debeat moderari. L. 5. ibid. *Hellfeld* jurispr. for. §. 816.

[159] Cit. L. 2. C. de in lit. jur. (Note 157.) L. 71. D. de R. V. Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit: mos ei gerendus est. *Hellfeld* ibid. §. 814. *Berger* elect. discept. for. tit. 31. obs. 2. art. 3. ag. 752. *Leyser* med. ad Pand. 146. 4.

Zusätze

des

Herausgebers.

I.

Summarische Revision der Theorie der Beweislast, insbesondere der Weberschen Lehre.

Webers vorstehende Schrift hat, ohne jemals einem gründlichen Verwerfungsurtheil zu verfallen *) unverkennbar eine bleibende Stelle in der deutschen Proceßliteratur des Jahrhunderts eingenommen und dieses wohl hauptsächlich darum, weil sie einfach und klar die Grundsätze aussprach, zu welchen sich schon im Laufe des vorigen Jahrhunderts Theorie und Praxis am Meisten hingeneigt hatten, denen sie mit einer gewissen natürlichen, dem Verfasser eigenthümlichen Technik größere Festigkeit und Bestimmtheit verschaffte **). Zwar kann man nicht behaupten, daß sie die Rechtspraxis hinsichtlich der behandelten Lehre völlig fixirt habe; noch immer giebt es Stimmen und Urtheile, welche sich an den Satz der rein affirmativen Beweislast halten, und gerade von dieser Seite her sind Webers Ansichten noch am Meisten einer Critik unterworfen worden (vergl. oben S. 103); wenn jedoch den Herausgeber seine Bücher- und Acten-Erfahrungen nicht täuschen, so wird die herrschendere Praxis gewiß immer noch am Meisten mit der Weberschen Theorie wesentlich übereinstimmen. Indeß kann dies die Critik nicht abschrecken, das

*) Von kritischen Blättern hat bloß die Neue Allg. d. Biblioth. 98, S. 256. f. eine summarische Anzeige des Werkes gegeben. Außerdem s. noch Danz und Gemlin krit. Arch. V, S. 543. f. Sonstige Anzeigen und Recensionen sind dem Herausgeber nicht bekannt. Die späteren Schriftsteller über Beweislast haben sich entweder an Weber angeschlossen oder doch nur einzelne Ansichten und Lehren bekämpft. Der Hauptgegner werden wir unten wieder gedenken.

**) Classisch nennt sie, selbst ein classischer Zeuge, Martin im Lehrb. des bürgerl. Processes. Ueber Webers Verdienste s. Hasse im Rhein. Mus. III, S. 136, auch B. Hollweg Versuche S. 331. Note 29.

Webersche Werk in seiner Gesammtheit und in seinen einzelnen Puncten immer wieder von Neuem, neue Ergebnisse benutzend, einer Prüfung zu unterwerfen; sie decke nun Irrthümer oder Lücken auf, oder sie befestige: der Gewinn ist immer gleich groß.

Drei Fragen schienen dem Verfasser in der Theorie des rechtlichen Beweises nach zuvor richtig bestimmten Begriffen zu erörtern: Erstlich: was muß überhaupt vor Gericht bewiesen werden? Zweitens, wer muß den Beweis führen? Drittens: wie wird er geführt? Indeß nur auf die beiden ersten Fragen erstreckt sich wesentlich die vorliegende Untersuchung, wie schon die Vorrede andeutet, auch ließ sich die Lehre von den Beweismitteln und den Wirkungen derselben füglich bei der allein beabsichtigten Bearbeitung des zweiten Gegenstandes entbehren. Wenn nun auch wir bei demselben stehen bleiben, so wird es doch dem genaueren Forscher kaum entgehen, daß sich dabei noch viel mehre erhebliche Fragen darbieten, als vorstehend bemerkt sind, daß sie wenigstens noch bei Weitem mehr specialisirt, oder zergliedert werden müssen. Wir wollen durch den Versuch einer solchen größern Vereinzelung uns zugleich den Faden zur nähern Erörterung der Weberschen Lehre zubereiten und dabei gewisse allgemeinere Fragen, welche sich auf die Grundmaximen der Beweislehre beziehen, von denjenigen unterscheiden, welche die Anwendung der letztern auf einzelne Theile, Partei- und Sachverhältnisse betreffen.

I.

Zu den allgemeineren Puncten würde zuförderst eine Verständigung darüber gehören: was ist Beweis und Beweisen. Weber hat indeß im ersten Aufsatz diese Begriffe so befriedigend auseinander gesetzt, sie sind überdem in processualichen Werken und Abhandlungen so oft, mitunter nicht ohne die langweiligste Breite besprochen worden, daß wir eine allgemeine Verständigung darüber voraussetzend gern von ihnen hinweggehen.

II.

Eine andere erhebliche Vorfrage ist: Wem wird bewiesen? Auch hier ist man in der Beantwortung einig. Der Spruch: Judici fit probatio bedarf kaum eines Beweises *) und nur einige Betrachtungen müssen daran angeknüpft werden. Der Richter ist das

*) Vergl. wegen des röm. Rechts l. 12 D. de probat. „id adprobare judici debet.“ l. 1. C. de cond. ob turp. c. l. 3. §. 2. D. de testib.

vom Staat berufene Organ zu einer gewissenhaften Vermittelung streitiger Rechte nach dem allgemeinen Recht des Staates. Sein Beruf ist daher nicht die Schlichtung obwaltender Streitigkeiten nach eignem einseitigen Gutfinden und Ermessen, wie es etwa in „ungedingten freundlichen Rechten" geschehen darf; sogar da, wo am Ende nur das arbitrium boni viri entscheiden kann, darf er Solches doch nicht mit völliger Losgebundenheit von den Gesetzen. Sein Urtheil soll ein möglichst objectives seyn. Judici fit probatio heißt nicht: lediglich und allein die Ueberzeugung des Richters bearbeiten, wie unten bei der Frage: Wann ist bewiesen? genauer vorkommen wird. Nothwendige Voraussetzungen in der Person des Richters sind unstreitig 1. völlige Parteilosigkeit; 2. ein gewisser Grad von Intelligenz bestehend a. in einer gründlichen Kenntniß des objectiven Rechtes des Staates; b. in der Kenntniß der gewöhnlichen Lebensverhältnisse und Erfahrungen, wie sie von jedem gebildeten Manne in der Zeit, worin er lebt, erwartet werden darf; c. in der Fertigkeit, die Erscheinungen und besonderen Vorkommenheiten des Lebens, nöthigenfalls mit Benutzung geeigneter Hülfsorgane, richtig aufzufassen, und dem Rechte des Staats unterzuordnen. Diese Bemerkungen sind vulgär; sie stehen hier nur um des Zusammenhangs willen mit einigen folgenden.

III.

Ein fernerer Punct ist: Von wem geschieht überhaupt die Beweisführung? Auch dieß ist im gemeinen Proceß im Wesentlichen außer Streit. Nicht der Richter ist es, der selbst die einzelnen Beweismittel aufzusuchen hat, sondern sie müssen ihm von den Parteien vorgelegt werden *). An ihm ist es demnächst, aus dem vorgebrachten Material überzeugende Gründe zur Erlangung und Rechtfertigung seines Urtheils zu schöpfen, und nur zur Vermittlung desselben mit dem Stoff darf er sich noch einzelne Aufklärungen von Amtswegen verschaffen **).

IV.

Die nächste Frage ist sodann: Was ist überhaupt zu beweisen? Unser Verfasser hat ihr den zweiten Aufsatz gewidmet, sie jedoch

*) Auf die Abweichungen des preußischen Civilprocesses in diesem Stück ist schon vielfach aufmerksam gemacht worden. Vergl. Jen. Lit. Z. 1823. Nr. 72.

**) Durch Augenschein, Sachverständige, Eidesauflagen. Der Grund und Umfang dieses richterlichen Ergänzungsrechts ist vielfach besprochen; Erörterungen darüber liegen unserm jetzigen Zweck zu entfernt.

schwerlich auf eine völlig genügende Weise beantwortet, daher er denn auch in Betreff der Notorietät zu unrichtigen Aufstellungen gelangt ist. Man würde vielleicht die Frage am Besten so beantworten: Gegenstand der Beweisung sey überhaupt Alles, was für den Richter zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites zu wissen erheblich, gleichwohl unter den Parteien noch ungewiß oder zweifelhaft ist und auch nach Rechts- und Vernunftsgründen solches seyn kann. Wir sagen nicht mit dem Verf. S. 13: Zu beweisen sey, was der Richter nicht schon als solcher weiß, wenigstens wissen müßte. Denn dasjenige, was der Richter als solcher weiß, ist zum Theil nur ein sehr relatives, größtentheils noch problematisches und erst näherer Darlegung bedürftiges Wissen, auf welches bei der allgemeinen Bestimmung: was zu beweisen sey, keine Rücksicht genommen werden darf, so wenig als auf dasjenige, was eben erst noch einer nähern Erkundung, einer Beweisaufnahme bedarf, mit einem Worte: was der Richter als solcher weiß, oder die Gerichtskundigkeit, ist ein Beweismittel. Indem wir darüber Erläuterungen vorbehalten, schreiten wir zur Rechtfertigung und näheren Entwickelung des oben aufgestellten allgemeineren Satzes.

Zuförderst kann das objective Recht des Staats selbst in der Regel kein Gegenstand einer Beweisaufnahme seyn, da dasselbe Alle im Staate wissen müssen, wenigstens erkunden können und sollen, und, wenn sich auch über Einzelnes darin Zweifel erheben lassen, dennoch die Ungewißheit von dem Richter mittelst der bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisse und Technik, oder auf besonderen ihm vorgezeichneten Wegen gehoben werden kann, auch ohne Zuziehung und Einfluß der Parteien gehoben werden muß *). Insbesondere gilt die Regel 1. von den unter Auctorität des Staats öffentlich promulgirten oder anerkannten Rechtssatzungen, sie betreffen nun alle Staatsangehörige, oder einzelne Provinzen, einen Ort, einzelne Classen von Unterthanen, oder Privilegien Einzelner **); 2. von den sonst allgemein im Staat herrschenden, wenn auch nicht förmlich promulgirten Rechtsgrundsätzen, welche wegen ihrer häufigen Anwendbarkeit im Leben Niemand ignoriren darf, und welche übrigens auch der allgemeinen Kenntnißnahme offen stehen ***), am wenigsten einer

*) Cum ius finitum et possit esse et debeat. L. 2. De J. et F. ignor.

**) Darauf gehn hauptsächlich L. 12. C. eod. l. 9. C. de LL.

***) Dies folgt im Allgemeinen aus der Regel: daß Niemand sich mit Unwissenheit des Rechts schützen könne, eine Regel welche freilich Ausnahmen hat, die

zum Richterstande berufenen Person unbekannt geblieben seyn dürfen. Eine Beweiserhebung kann nur nöthig werden, wie auch bereits vom Verf. S. 16 angemerkt ist, bei Privilegien und andern speciellen Rechtsanordnungen, die nicht öffentlich promulgirt sind, ingleichen bei vorgeblichen Gewohnheitsrechten, welche der Staat nicht schon selbst in einem öffentlich promulgirten Act anerkannt hat; endlich bei ausländischen Rechten, welche nicht in die bei jedem Rechtsgelehrten des betreffenden Staats vorausgesetzten Studien einschlagen; denn diese Beschränkung muß natürlich gemacht werden. Uebrigens kann die an sich nothwendige Beweiserhebung bei diesen Ausnahmen durch Notorietät und Gerichtskundigkeit allerdings überflüssig und beziehungsweise vertreten werden.

Kein Gegenstand des Beweises ist zweitens, was unter den Parteien selbst nicht streitig ist, oder nach den Rechten unter ihnen nicht mehr streitig seyn kann. Der Richter ist im Civilproceß zunächst an dasjenige gebunden, was ihm die Parteien zur Entscheidung vorlegen. Iudicio contrahitur. Worüber also jene einig sind, das ist auch für den Richter kein Gegenstand fernerer Untersuchung. Eben dies gilt natürlicher Weise von demjenigen, was schon als formelle Wahrheit unter ihnen feststeht; insbesondere, worüber bereits ein rechtskräftiges Erkenntniß unter ihnen vorliegt oder ein deferirter Eid geschworen worden ist *). Alles Andere, worüber unter den Parteien weder ein freiwilliges noch rechtlich fingirtes Einverständniß besteht, ist einstweilen zweifelhaft **) und muß eben erst durch Beweis in Klarheit gesetzt werden; es bildet, sofern es zur Entscheidung des Streits in seiner eigenthümlichen Rechtsgestalt erheblich ist, den status controversiae, oder wie die Rhetoren es nannten, den status conjecturalis. Freilich aber kann nicht Alles und Jedes in der Natur der Dinge und in den Erscheinungen des Lebens Ge-

---

jedoch in obiger Beziehung nicht Statt finden. Vrgl. Mühlenbruch Doct Pand. §. 50. Zum Theil kommt hier eine vorauszusetzende Gemeinkundigkeit in Betracht, wovon bald nachher.

*) Und zwar auch ohne darauf erfolgtes Urtheil, nach des Herausgebers Meinung (Institut. des Civ.-Pr. S. 200) wenn gleich die Meisten, auch unser Verfasser, hier anderer Meinung sind. Es giebt keinen Grund, die Anwendbarkeit des röm. Rechts hier zu leugnen. — Geständnisse gehören nicht schlechthin in die obige Categorie.

**) Vrgl. l. 3. C. quib. ad. libertat. proclam. n. e. p. auch *Gajus* Comm. IV. §. 89.

genstand eines Streites oder Zweifels seyn. Auch hier zeichnet Vernunft und positives Recht gewisse Grenzen vor.

Keines Beweises bedarf nämlich offenbar drittens dasjenige, was vermöge der Erfahrungen des Lebens und des menschlichen Verkehrs auf den Grund sinnlicher oder Verstandeswahrnehmungen bei allen aufmerksamen, schon in einer gewissen Lebensreife stehenden Personen für so bekannt anzunehmen ist, daß darüber ein vernünftiger Zweifel nicht Statt findet und jeder Zweifel wenigstens durch eine große Masse zur Hand liegender Beweismittel sofort beseitigt werden könnte — das Notorische; anders ausgedrückt: Alles dasjenige, dessen Nichtwissen eine supina ignorantia seyn würde. So, und weder weiter noch enger, muß nach des Herausgebers Ueberzeugung der Begriff der Notorietät im gemeinen Rechte aufgefaßt werden *). Das Römische Recht hat zwar das Wort selbst nicht (außer in einer ganz andern Beziehung); wohl aber erkennt es Verhältnisse und Erfahrungen an, mit deren Nichtwissen kein verständiger Mensch entschuldigt wird — nämlich bei dem quod omnes sciunt **); ingleichen bei demjenigen, worüber man sich ohne Mühe bei Anderen hinreichenden Aufschluß sofort verschaffen kann ***). Eben so redet das canonische Recht bei Gelegenheit des Notorischen, dessen Begriff hier freilich noch ein weiterer ist †), von einer evidentia rei, quae nulla tergiversatione celari potest ††); wie das ältere deutsche Recht von kundlichen, unläugbaren Thatsachen und Dingen. Dahin gehört nun unbedenklich

a. Das von Gensler sogenannte Menschenkundige — z. B. die gewöhnlichen Abwechselungen der Jahreszeiten oder zwischen Tag und Nacht; die Eintheilungen des Jahres; die natürlichen, einfachsten Zahlenverhältnisse; die alltäglichen Lebensbedürfnisse und Verrichtungen u. s. f.

---

*) Zu eng geschahe dieß in den Instit. d. Civ.-Pr. S. 183. auch von Vorst Beweislast §. 13. Eine richtigere Theorie findet sich bei Gensler im Arch. f. civ. Pr. I, S. 259. f. und Linde Lehrb. des Civ.-Pr. §. 254. nur daß diese die Gerichtskundigkeit in den Begriff der Notorietät ziehen, wofür sich freilich auch das canon. Recht anführen läßt. Davon nachher.

**) L. 213. §. 2. 223. pr. D. de V. S.

***) Vrgl. l. 9. §. 3. D. de J. et F. J.

†) Aber auch ein desto unbestimmterer, der übrigens nur in Beziehung auf Criminal und Disciplinarsachen vorkommt.

††) C. 10. X. de cohab. cler.

b. Das Volks- oder Gemeinkundige im Staate; namentlich die gemeinen Staatseinrichtungen und Anstalten, (wohin auch wieder das herrschende gemeine Recht gestellt werden kann); die Hauptereignisse in der Landesgeschichte, welche im Gedächtniß der jetzigen Generation noch wirklich leben, oder worüber man sich wenigstens aus unverdächtigen Quellen sofort Belehrung verschaffen kann; ferner dasjenige, was nach dem Zustande des öffentlichen Unterrichts bei jedem schon aus der Schule entlassenen Staatsunterthan als bekannt oder doch allenthalben erkundbar vorausgesetzt werden muß, wie z. B. die Regeln der niedern Rechenkunst u. dergl. *)

Wem könnte wohl einfallen, über Fragen oder Gegenstände solcher Art erst noch Beweis zu fordern, besonders da bei den Gerichten nur Personen von einer gewissen Mündigkeit zugelassen werden und thätig sind? Ein Gegenbeweis ist hier nur denkbar wo die Möglichkeit eines Irrthums oder ein Zustand des Zweifels wegen Nicht-Uebereinstimmung der zur Hand liegenden Erfahrungsquellen obwaltet; dann wird freilich der Richter zu entscheiden haben, ob dem Zweifel Raum zu geben und ein förmlicher Beweis über den Punct zu erfordern sey, ingleichen dem etwa angebotenen Gegenbeweis Raum zu geben seyn.

Etwas geringer steht

c. das Bezirks- oder Gemeindekundige, d. i. alles, was in einem gewissen Ort oder Gemeindekreise eine gleiche staatsbürgerliche oder Lebens-Wichtigkeit für sämmtliche dazu Gehörige hat, wie die Verfassungs-, Beamten- und allgemeinen statistischen Verhältnisse des Ortes, sowohl die gegenwärtigen als vergangenen, welche auf eigner Wahrnehmbarkeit der jetzigen Bewohner beruhen und daher auch in einem allgemeineren Gedächtniß derselben leben. Für den Richter der Sache existirt eine derartige Notorietät freilich nur dann, wenn er selbst zu dem besonderen Orts- oder Gemeindeverbande gehört, von dessen Verhältnissen es sich handelt; er kann hier als Richter nicht weniger wissen, als alle übrigen in dem nämlichen Kreise wissen oder sofort erkunden können; aber sie existirt nicht für den Richter, welcher außer jenem Kreise stehet, z. B. nicht für den

---

*) Eine Anerkennung der Volks- und auch wohl Ortskundigkeit liegt in l. 9. §. 2. D. de J. et F. J. Sie kann selbst des Beweises eines Gewohnheitsrechtes überheben. Mühlenbruch Doct. P. §. 50.

Oberrichter, der nicht ebenfalls dazu gehört. Für diesen bedarf es dann einer besonderen Beglaubigung der Notorietät, welcher allerdings nach dem Vorstehenden schon von dem Unterrichter aus seinem Bezirk ertheilt werden kann *).

Die Criterien wahrer Notorietät sind überhaupt:

allgemeines Interesse an der Wahrnehmung gewisser Gegenstände oder Begebenheiten in einem gewissen Kreise;
allgemeine sichere Wahrnehmbarkeit dieser Zustände und Begebenheiten, endlich
allgemeine Uebereinstimmung über das Wahrgenommene.

Sie leiden keine Anwendung auf bloße Privat- und Familien-Ereignisse, da diese keinen Anspruch auf allgemeine Beachtung haben und die Wahrnehmung dabei erschwert ist, auch nicht auf bloße Gerüchte und Geschwätze, weil bei ihnen eine sichere Wahrnehmung nicht verbürgt ist, weshalb sie auch das canonische Recht ausdrücklich von dem Notorischen ausschließt **).

Ist nun, so weit es sich in der Kürze thun ließ, das Notorische gegen unsers Verfassers Einwürfe einiger Maßen in Schutz genommen, so kann auch der S. 30. für widersinnig erklärte Beweis einer Notorietät nicht so ganz über Bord geworfen werden. Macht es den Beweis einer Behauptuug unnöthig, wenn sie für notorisch zu halten ist, so muß auch der Beweis der Notorietät, daß nämlich Etwas in einem gewissen Kreise allgemein bekannt sey oder einstmals gewesen sey, dieselbe Wirkung haben, wenn nur dabei die richtige Begriffsbegrenzung der Notorietät festgehalten wird. Denn das Notorische als das unvermeidlich allgemein Kundbare ist so gut wie die Sache selbst. Es ist daher nicht abzusehen, warum sich der Richter statt des unmittelbaren Beweises von der Beschaffenheit eines Gegenstandes oder einer Begebenheit nicht auch mit dem Beweise der darüber vorhandenen Notorietät begnügen sollte oder dürfte; z. B. wenn es sich vom Gewohnheitsrecht eines dem Richter entfernteren Ortes handelt; desgleichen von längstvergangenen Thatsachen, die zwar vormals notorisch waren, es aber jetzt nicht mehr sind **).

---

*) Hierauf geht die Vorschrift der Allg. Preuß. G. O. Th. 1. Tit. 10. §. 56. wornach der Unterrichter das bloße Bezirks- oder Ortskundige umständlich zu den Acten anzeichnen und attestiren soll.

**) Vrgl. Linde l. c. §. 254. Not. 11. Als Beweismittel können hierbei alte Zeugen, Monumente, Geschichtswerke und dergl. dienen.

Von der Notorietät sondern wir die Gerichtskundigkeit, wenn auch das canonische Recht selbe unter den nämlichen Gesichtspunct zu stellen scheint*). Man kann nur sagen, das Notorische ist unter den obigen Voraussetzungen zugleich auch etwas Gerichtskundiges. Den engeren Begriff davon aber bildet, wie man mit unserm Verfasser sagen könnte, dasjenige, was der Richter als solcher weiß. Es frägt sich, was gehört dahin? Gewiß nicht Alles, was eben ein Richter auf Veranlassung oder durch die Gelegenheit seines Amtes in Erfahrung gebracht hat, sondern blos dasjenige, was wirklich und unmittelbar der Gegenstand einer gerichtlichen Handlung gewesen und so dem Richter bekannt geworden ist, die gesta judicii. Hierüber kann er selbst das nächste und unverdächtigste Zeugniß geben, wie kein Andrer außer ihm**). Es gebührt ihm daher eine besondere Glaubwürdigkeit. Indeß kann das richterliche Selbst-Wissen oder Zeugniß nicht in demselben Maaße die Thatsachen vertreten, wie die Notorietät in der obigen Abgrenzung, weil das Gedächtniß eines Einzelnen oder einiger Wenigen irren und besonders jenes sich nicht selbst controlliren kann, es müßte denn durch die Urkunden der Thatsachen unterstützt werden, und dann liefern eigentlich diese den Beweis, nicht das richterliche Wissen. Es kann also letzteres den Gegenbeweis niemals ausschließen***), während bei dem Notorischen ein Irrthum außer aller Berechnung liegen muß. Dem gemäß muß auch die Gerichtskundigkeit recht eigentlich, nicht wie die Notorietät als Gewißheit vorausgesetzt, sondern als Zeugniß, als Beweismittel behandelt, folglich auch ausdrücklich in Anspruch genommen, zu den Acten registrirt, und der Gegner darüber gehört werden†). Sie muß sich auch gleich andern Zeugnissen wesentlich auf Thatsachen beschränken††), während die Notorietät sogar zur Bewahrheitung eines wirklich bestehenden Gewohnheitsrechtes, ohne weitere Nachweisung einzelner Fälle der Uebung dienen kann†††).

---

*) C. 10. X. l. c.

**) Schon das ältere deutsche Recht hat darauf besonderes Gewicht gelegt.

***) C. 28. X. de testib,

†) Es genügt dazu nach neuerem Recht das Zeugniß des Richters allein. Vrgl. Klein hall. Rechtsspr. IV, 37. Anders das ältere deutsche Recht, welches zwar das Zeugniß des Richters gleich Zweier setzte, jedoch in keiner Sache für allein genügend erklärte.

††) Vrgl. *Leyser* sp. 268, med. 3.

†††) Dies behauptet mit Recht Mühlenbruch Doct. P. §. 50.

Gar nicht in den Begriff der Gerichtskundigkeit gehört übrigens: a. was der Richter bloß im Privatleben oder nur zufällig und bei Gelegenheit seines Amtes in Erfahrung gebracht hat, wo nur von gewöhnlicher Zeugschaft die Rede seyn könnte, wenn sich dieselbe überhaupt mit der Ausübung des Richteramtes vertrüge; b. was er durch besondere, jedoch nicht von Staatswegen geprüfte oder zu seinem Amte erforderte Studien sich an Kenntnissen zu eigen gemacht hat. Er mag z. B. auch noch so viel von gerichtlicher Arzneikunde oder von ausländischen Rechten verstehen, niemals kann er, wenigstens nach dem jetzigen System, wornach das richterliche Urtheil so viel als möglich objektivirt seyn soll, sich selbst als Sachverständigen gebrauchen. Sein Wissen ist in beiden Fällen ein unbeglaubigtes und wenigstens ohne die nöthige Controlle, weil Niemand sich selbst controlliren kann.

V.

Als nächste Frage bietet sich dar: Wie wird und wann ist Etwas bewiesen? Hierüber hat sich unser Verfasser zwar nur kurz, aber mit treffenden Zügen geäußert (S. 8 f.); ohne deshalb in ein größeres Detail, namentlich in die Lehre von den einzelnen Beweismitteln einzugehn, mögen hier nur folgende Bemerkungen ihren Platz finden.

Der römische Richter urtheilte auf die vorgelegten Beweise ex animi sui sententia (l. 3. §. 2. D. de testib. vergl. l. 76. D. de judiciis) wie noch jetzt der französische wenigstens der Regel nach, suivant son intime conviction, nur mit dem Unterschiede, daß dieser in der Zulassung von Beweismitteln bei Weitem beschränkter ist, als es der römische Richter selbst noch in neuerer Zeit war. Denn in älterer Zeit war das Ermessen ganz frei, und erst, als unter den Kaisern das Gerichtswesen in einen hierarchischen Zusammenhang und damit in directe Abhängigkeit von juristischer Kunst gesetzt war, in den Zeiten also, wo die Jurisprudenz eine eigentliche Herrschaft erlangt hatte, kamen stückweise Regeln über Beweismittel und Beweisgründe zur rechtlichen Anerkennung. Dennoch blieb dem Richter große Freiheit. Die Jurisprudenz des Mittelalters, für diese Freiheit nicht empfänglich und bemüht, Alles auf Regeln zurückzuführen, versuchte dies auch bei der Beweistheorie, und so gelangte man zu einer fast arithmetischen Veranschlagung der Beweisgründe, zu einer Unzahl von Präsumtionen u. dergl. m. Die deutschen Richter und Dicasterien, als innige Anhänger der Rechtsbildungen des Mittelalters, vielleicht auch noch gewöhnt an den Formalismus der ger-

manischen Beweistheorie und zu ungeschickt, sich in die reine römische Theorie zu finden, nahmen bereitwillig jene Fesseln an und schmiedeten sie zum Theil noch enger, bis man in neuerer Zeit angefangen hat, sich mehr und mehr davon los zu machen und namentlich dem Indicienbeweise größeres Recht wiederfahren zu lassen. Zu einer gänzlichen Emancipation von den Beengungen der frühern Theorie ist man zwar noch nicht gelangt; viele derselben sind in die Particular-Proceßgesetze übergegangen; aber im Allgemeinen ist folgender Standpunct der Sache nicht zu verkennen. Der Richter ist, sofern ihn nicht ausdrückliche Bestimmungen der Gesetze in der Zulassung und über den Werth einzelner Beweisgründe binden, in der Beurtheilung und Abwägung derselben auf sich selbst verwiesen; aber er ist darin nicht so völlig frei, wie der römische Richter, daß er bloß ex animi sui sententia, nach eigenem individuellen Dafürhalten urtheilen dürfte; es muß, wie überall das Streben sich offenbart, eine Garantie gegen individuelle Willkühr, eine gewisse Controlle Statt finden; der Richter muß daher sein Urtheil durchaus objectiv machen; er muß es mit einleuchtenden Gründen unterstützen, ihm Evidenz geben, und in dieser Verbindlichkeit besteht ein sehr erheblicher Unterschied zwischen dem deutschen und römischen Rechte, von welchem letzteren sich eine solche Verbindlichkeit nirgends mit Bestimmtheit nachweisen läßt. Es ist dieß eine glückliche Conciliation der freien römischen richterlichen Stellung mit dem Formalismus und der Gebundenheit des germanischen Urtheilers; eine Vermittelung, dergleichen sich auch in andern Theilen des Rechts, z. B. im Criminalrecht bei der Lehre vom Versuch zwischen römischen und deutschen Rechtsansichten ergeben hat.

Von welcher Art können aber die Gründe seyn, durch welche der deutsche Richter seinem Urtheil Evidenz und die nöthige Garantie giebt? Wo das Gesetz nicht selbst schon bestimmt, da können nur solche Gründe in Betracht kommen, welche eine besonnene juristische Logik*) und die Erfahrungen des Lebens an die Hand geben, worauf die römischen Gesetze selbst in so vielen ihren Regeln hinweisen; und da es sich bei processualischen Beweisen lediglich um Thatsachen handelt, so müssen dem Richter hauptsächlich die Regeln über historische Wahrheit zur Richtschnur dienen, freilich nur solche, welche die strengste Kritik aushalten, und wo bloße Wahrscheinlich-

*) Die Schrift: La logique judiciaire par Mr. H. de Saint-Albin. Par. ed. II. 1841. wird eine solche schwerlich schon repräsentiren können.

keit durchaus nicht die Stelle der Gewißheit vertreten darf, sofern nicht schon jene nach den Gesetzen für genügend in einzelnen Beziehungen anzusehen ist. Es wäre vielleicht zu wünschen, daß die Theorie der historischen Gewißheit gerade für das juristische Bedürfniß von Neuem einer besondern Untersuchung unterworfen würde, da die S. 5. Note 5. angeführten Schriften doch wohl noch manche Erörterung und Berichtigung übrig lassen; hier können wir nicht näher darauf eingehen, wohl aber werden wir unten bei der Frage: wie viel hat der Beweispflichtige zu beweisen, noch einzelne Hinblicke auf jenen Punct thun müssen.

VI.

Wir haben uns bisher mit allgemeinen Vorfragen der Beweistheorie beschäftigt; wir wenden uns nun zu dem Hauptgegenstand der Weberschen Schrift, zur Beweislast.

Bei der obigen Erörterung derselben im sechsten Aufsatz drängt sich unmittelbar folgende Betrachtung auf. Der Verf. giebt uns sogleich im Anfange §. 1. eine von ihm aus den Gesetzen und der Natur der Sache abstrahirte Regel der Beweispflicht, nicht aber den Grund derselben, die ratio juris, welche die Regel rechtfertigen müßte, oder welche etwa den gesetzlichen Bestimmungen zum Grunde liegt; bekanntlich ist aber eine ratio juris von einer regula juris noch sehr verschieden. Diese ist nur eine Zusammenfassung oder anschauliche Vereinigung von Ergebnissen der Rechtskunst in einen Rahmen, jene ist die Quelle, das mit Nothwendigkeit bestimmende Princip. Der Verfasser hat seine Regel ganz ohne innere Begründung aufgestellt. Es ist aber nicht bloß Aufgabe der Wissenschaft, zu untersuchen, was ist Rechtens? sondern auch: warum ist es Rechtens? und am Wenigsten kann Letzteres entbehrt werden bei Rechtsproblemen, die sich unter sehr ungleichartigen Fällen und Gestaltungen wiederholen, und worüber das positive Recht sich selbst nicht mit einer, jeden Zweifel beseitigenden Bestimmtheit ausgesprochen hat, wie gerade bei der Beweislast im gemeinen Recht zuzugeben seyn dürfte. Hier kann die ratio juris fast allein auf den richtigen Weg leiten. Schon B. Hollweg hat in seiner mehrangeführten Abhandlung auf die Nothwendigkeit einer solchen Untersuchung hingewiesen und das wahre Princip der Beweislast aus der Natur der Sache auszumitteln gesucht; indessen sind folgende Zweifel und Bedenken gegen das Ergebniß der Forschungen des gelehrten Freundes zu erheben.

B. Hollweg sagt S. 337.: „Die Grundsätze über die Beweislast sind durchaus nicht positiv, sondern in der Natur der Sache gegeben, ja ihrer allgemeinsten Grundlage nach nicht einmal auf die juristischen Verhältnisse eines Rechtsstreites beschränkt und dadurch bedingt. Wir werden daher sicher nicht irren, wenn wir für einen Augenblick die Grenzen der Jurisprudenz verlassen, und zusehen, was sich Analoges in den Verhältnissen des gemeinen Lebens finde. Wie ist es z. B. bei einem Streite über eine historische Thatsache, oder eine Naturerscheinung? Wenn ein Dritter sie behauptet, wir sie leugnen, so werden wir sagen, Jenem liege der Beweis ob; ein Grundsatz, der auf der einfachen Wahrheit ruht, daß wir von demjenigen, der uns überzeugen will, Gründe fordern, so lange also die von ihm behauptete positive Thatsache bezweifeln, oder nicht glauben, bis uns diese Gründe beigebracht sind. Diese Regel ist aber mit der andern identisch: Wer etwas Positives behaupte oder affirmire, müsse beweisen, nicht, wer dieß leugne. Auf viele Fälle freilich wird dieß nicht anwendbar seyn, nehmlich wo beide Theile affirmiren; z. B. wenn bei einer doppelten Möglichkeit der Erste die eine, der Zweite die andere behauptet. Dann werden wir aber überhaupt nicht sagen können, daß Einem vorzugsweise der Beweis obliege, daher jene Regel hierdurch nicht erschüttert wird. Es hat sich also in den Verhältnissen des gemeinen Lebens die Regel: affirmanti incumbit probatio, non neganti, als eine durchaus natürliche bewährt, und es erklärt sich hieraus ihre Evidenz für das natürliche Gefühl. Auf der andern Seite hat sich aber auch gezeigt, daß sie nicht für alle Fälle zureichend sey, daß deßhalb in diesen Verhältnissen des gemeinen Lebens oft gar nicht von einer überwiegenden Verbindlichkeit zum Beweise die Rede seyn könne. Denn", heißt es weiter S. 366., „die Regel ist freilich nur da anwendbar, wo die einander entgegen stehenden Behauptungen auf eine Affirmative und Negative reducirt werden können. Im Civil-Proceß aber ist dieß allerdings immer der Fall, daher jene Regel hier vollkommen ausreicht, denn der Streit der Parteien bezieht sich immer auf Rechte, deren Daseyn der Eine behauptet, der Andere leugnet. Wer nun das Daseyn eines Rechts behauptet, affirmirt und muß beweisen, weil der Richter ein Recht nicht eher anerkennen kann, bis ihm genügende Gründe der Ueberzeugung beigebracht sind. So muß der Kläger sein Klagerecht darthun, der Beklagte, die wahren Exceptionen, jener wieder die Repliken u. s. f." B. Hollweg nimmt hier-

mit die Regel affirmanti, non neganti, incumbit probatio als das eigentlich naturgemäße, wahrhaft entscheidende Princip an, bezieht es aber nicht auf die einzelnen factischen Behauptungen der Parteien, sondern auf die streitigen Rechtsverhältnisse selbst, deren wesentliche Bedingungen, auch wenn sie in negativen Thatsachen bestehen, von demjenigen bewiesen werden müssen, welcher das Recht geltend macht (S. 367. f.), eine Ansicht, die sich auch schon bei Gensler im Arch. f. civ. Pr. I, S. 267. findet, und die im Wesentlichen zu keinen, von der Weberschen Theorie verschiedenen Ergebnissen hinleitet.

Gegen diese Deduction des Princips läßt sich nun dieß erinnern. Es ist zwar allerdings etwas ganz natürliches, daß wir von demjenigen, der uns von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugen will, Gründe oder den Beweis derselben erwarten; aber der geehrte Freund, dem wir hier nicht beistimmen können, gesteht selbst, daß wir von jener natürlichen Forderung keinen entscheidenden Gebrauch machen können, wenn Zwei oder Mehrere sich widersprechende Behauptungen aufstellen, um zu bestimmen, wer von ihnen vorzugsweise mit dem Beweise zu belasten sey; und wenn nun gesagt wird: dieser Fall trete im Civil-Processe eigentlich gar nicht ein, so müssen wir dem geradezu widersprechen. Denn einmal lassen sich ja doch alle Rechtsverhältnisse, wovon es sich im Civil-Prozesse handelt, auf Thatsachen zurückführen, und hierüber streitet man meistens allein, hierbei werden so oft die sich widersprechendsten Möglichkeiten behauptet; es würde also nach B. H's. eignem Geständniß der Grundsatz affirmanti etc. nicht entscheiden können; gerade aber dann, wenn wir den höchsten Grundsatz außer den Grenzen der Jurisprudenz suchen, wird das Zurückgehen auf die Facta selbst, worin sich jeder gründet (vrgl. A. G. O. f. d. pr. St. Einl. §. 3. f. 16.), ganz natürlich, und das Factische als der eigentliche Gegenstand des Streits erscheinen. Will man aber auch dieß nicht gelten lassen, will man die Sache juristisch nehmen, und, wie es an sich richtig ist, zugeben, daß es sich im Civil-Proceß von Rechtsverhältnissen unmittelbar handle: so giebt es ja doch so viele Fälle, wo entweder ganz verschiedene, einander widersprechende Rechtsverhältnisse von beiden Theilen behauptet werden *), oder wo wenigstens die Ableugnung des von Einem be-

*) Wie z. B. bei Präjudicialsachen, in Ansehung deren sich B. Hollweg S. 339 auf eine nicht natürliche Art zu helfen sucht. Oder man denke sich folgenden Indicentpunct. Eine Partei hatte ein Fatale wahrzunehmen. Nach eini-

haupteten Rechtsverhältnisses nicht ohne die Annahme eines dem Leugner zur Seite stehenden Rechtverhältnisses als vernünftig und zulässig gedacht werden kann*). Hier behaupten dann beide Theile — ob ausdrücklich oder stillschweigend, kann nach natürlicher Ansicht nichts ändern — einander entgegengesetzte Rechtsverhältnisse. Darüber entscheidet nun das Hollwegsche Prinzip oder die Regel nicht; sie ist also selbst unrichtig (l. 1. D. de Reg. J.), da sich kein Grund zur Ausnahme solcher Fälle von andern findet, wo die Regel passen könnte.

Wir werden darnach wohl genöthigt seyn, ein anderes Princip der Beweislast aufzusuchen. Vielleicht daß man es sicherer in der unmittelbaren Anschauung des gerichtlichen Verfahrens als in den Kreisen des alltäglichen Lebens findet. Die Stellung streitender Parteien vor dem Richter zum rechtlichen Austrag ihres Streites ist durchaus etwas Eigenthümliches, welches sich zwar ungefähr einem wirklichen Kampfe vergleichen läßt, dessen Wirklichkeit jedoch eben das gerichtliche Verfahren auf eine vernünftige Weise beseitigen soll. Vernunft wird an die Stelle roher Gewalt gesetzt, und jene kann ihre Regeln nicht von der letztern annehmen. Moralisch betrachtet könnte nun ohne Zweifel der Richter, als Organ des Staates und zu einer gerechten und wahrhaften Entscheidung des Streites berufen, von allen Parteien zugleich eine wahrhafte Darlegung der in Betracht kommenden Rechtverhältnisse und deren Beglaubigung durch Beweis fordern — eine Ansicht, welche offenbar dem Verfasser der Allg. Pr. G. O. Einl. §. 13. vorgeschwebt hat —: allein der Staat kann diese Forderung nicht als eine rechtliche aufstellen; sie würde denjenigen, der das beste Recht materiell für sich hätte, in die größten Gefahren und Verlegenheiten setzen, weil er z. B. durch zufällige Umstände verhindert seyn kann, die Gründe seines Rechts anzugeben und irgendwie zu bewahrheiten; die Chicane würde eine reiche Ernte finden; das Ansinnen, sich über seinen Rechtsstand auszuweisen, bloß weil ihn ein anderer anficht, enthält eine mit

---

ger Zeit findet sich von ihr der vorzunehmende Act in den Acten, aber ohne Präsentatum. Sie verlangt jetzt Fortsetzung des Verfahrens, gleichzeitig aber die andere Partei die Desertionserklärung; jene behauptet die Innehaltung des Fatale, diese die Versäumung. Wer muß beweisen? Und wie wird es in den Fällen des Art. XXX. der Wiener Schlußacte bei den Präjudicien oder die Diadicasien unter deutschen Bundesgliedern zu halten seyn? Siehe davon noch unten!

*) Wie bei Negatorienklagen.

Nichts zu rechtfertigende Belästigung; also eine Rechtsverletzung. Der Staat kann demnach allen Parteien zwar freigeben, Beweise über das streitige Rechtsverhältniß beizubringen; aber fordern darf er sie nicht von allen zugleich *). Und von wem darf er es denn? Hierauf führt die nähere Betrachtung des Inhaltes der Rechtsstreite.

Jeder Rechtsstreit setzt eine Forderung im weitesten Sinne des Wortes voraus, daß irgend ein Recht des Fordernden gegen den Andern gerichtlich anerkannt werde. Wird dieses Recht in seinen thatsächlichen Momenten bestritten, und nicht aus rein juristischen Gründen: so ist für den Richter eine völlige Ungewißheit vorhanden; er kann weder der Versicherung des einen, noch der des anderen Theiles ohne weitere Garantie Glauben beimessen; aber der Eine soll doch zur Aufgebung irgend eines Theiles von seinem bisherigen Besitzstande — im weitesten, nicht civilistischen Sinne genommen — genöthigt werden. Der Andere verlangt Etwas, was bisher noch nicht seiner unmittelbaren Verfügung offen liegt, wenigstens derselben noch nicht gehörig gesichert ist: alle äußeren Güter des Lebens können nur durch Fleiß und Anstrengung gewonnen oder erhalten werden; darum verlangt der Richter von dem Fordernden auch den Nachweis der Bedingungen seines Anspruchs, nämlich die Bewahrheitung desselben. Jus socordibus non succurrit — das ist das ganze Geheimniß der Beweislast. Sie ruhet also zunächst in dem subjectiven Interesse an der Durchsetzung eines Rechtsanspruch.

Der Beklagte sucht die Ansprache von sich zu entfernen entweder durch bloßes Leugnen (inficiatione), oder durch Vorbringung bestimmter Gründe, aus welchen er einen rechtlichen Schutz gegen die Klage oder deren Vorfolgungsweise, also überhaupt zur Erhaltung seines Rechtsstandes fordern kann. In der zweiten Hinsicht befindet er sich ganz in derselben Lage, wie der fordernde Kläger; das Princip der Beweislast leidet also auch auf ihn, im Fall daß gegen seine Schutzforderung Widerspruch erhoben wird, vollkommene Anwendung. Von der Inficiatio läßt sich ein Gleiches nicht behaupten. Sie ist eben die formale Bedingung eines jeden wirklichen Rechtsstreites über die Forderung des Klägers und ohne sie kann die Frage nach der Be-

*) Dies thut denn auch die A. G. O. f. d. preuß. Staaten nicht direct, vielmehr lenkt sie wieder etwas ein (Einl. §. 16. 1, 13, 27. 28.), und nur indirect sucht sie das moralische Princip aufrecht zu erhalten (I. 23. §. 52.), wie es freilich auch nur möglich ist.

weislast gar nicht erhoben werden; nähere Rechenschaft kann darüber von dem Leugnenden nicht gefordert werden, wenn man nicht das oben verworfene Princip: Jeder Theil sey über alles Streitige in gleichem Grade beweispflichtig, aufstellen darf; und warum sollte das Leugnen dem Fordernden einen Vortheil gewähren? Freilich knüpft sich an das Leugnen unter der Voraussetzung, daß der Fordernde nicht beweiset, auch ein rechtlicher Schutz, ein abweisendes Erkenntniß; aber doch nur eben unter jener Voraussetzung und ganz von selbst, von Rechtswegen, daher der Schutz gar nicht besonders in Anspruch genommen werden darf*).

Dasselbe Verhältniß der Parteien rücksichtlich der Beweislast reproducirt sich nun auch in dem weiteren Fortgange des Processes, bei den Replicationen, Duplicationen u. s. w., die ohnehin nur Befestigungen der Klagen und Einreden sind, wie juristischen Lesern nicht weiter auseinander zu setzen ist; desgleichen bei Incidentpunkten aller Art, d. i. bei Nebenforderungen und Anträgen, die sich aus der Haupsache und für dieselbe processualisch entwickeln. Ueberall ist das Interesse vorhanden, aus bestimmten factischen Gründen einen Vortheil für sich zu erlangen oder dem Gegner einen ihm sonst zufließenden Vortheil zu entziehen.

So sind wir nunmehr durch einfache Intuition der processualischen Verhältnisse und durch die dabei sich geltend machende naturalis ratio ganz zu demselben Ergebniß gelangt, welches im römischen Rechte klar und deutlich ausgesprochen ist**). Wir finden hier, außer der allgemeinen Anerkennung der natürlichen Anforderung, daß auch das Recht durch Thätigkeit und Wachsamkeit erlangt und

---

*) Die Formularjurisprudenz scheidet bekanntlich sehr genau den Fall der Zurückweisung des Klägers und der Entbindung des Beklagten von der Klage.

**) Ueber die historische Ausbildung der römischen Beweistheorie ist nicht viel zu sagen. Gewiß gehört ihre Feststellung erst der späteren Zeit, der media jurisprudentia an, wo die Jurisprudenz in den Gerichten größere Herrschaft erhielt, als sie früherhin gehabt hatte. Früherhin waren die gerichtlichen Debatten und Beweisführungen ganz in den Händen der Redner und von ihrer Kunst getragen. Daß wir nun aber in den rhetorischen Schriften, z. B. Ciceros und Quintilians die Frage von der Beweislast wenig oder gar nicht berührt finden, erklärt sich wohl daraus, weil bei den Privatrichtern auf ein feines juristisches Urtheil nicht zu rechnen war und weil es keine Beweisinterlocute gab. Darum mußte wohl auch der läugnende Theil immer auf Beibringung seiner eignen Beweise in der Verhandlung der Sache gehörig gefaßt seyn, ohne sich auf eine juristische Befreiung von der Beweispflicht verlassen zu können.

erhalten sein will, den obern allgemeinen Grundsatz: Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit (l. 21. D. de probat.), einen Grundsatz, der noch an vielen andern Stellen, die wir hier nicht wiederholen wollen, vorkommt; die Beweispflicht des actor erstreckt sich auf den ganzen Inhalt der intentio *), und weil so viel hiervon abhängt, so bestimmten die römischen Rechtsbildner sehr genau, wer in zweifelhaften Fällen die Rolle des Klägers zu übernehmen habe, worüber der Verf. S. 101 eine sehr treffende Bemerkung macht. Die Rolle des Klägers kann und muß nämlich, wenn er durchdringen will, in der Regel nur derjenige übernehmen, der sich im Fall einer factischen Entbehrung oder Ungewißheit befindet; nicht aber derjenige, welcher den Zustand des Genusses und der Ruhe für sich hat. Eben so bestimmt ist anerkannt, daß der Beklagte, der nicht schlechthin nur leugnet, in Fällen, wo er aus selbstständigen Gründen Schutz gegen den klägerischen Angriff sucht, die Rolle des actor und Beweisenden übernehmen müsse **), daß er insbesondere schuldig sei, exceptionem *velut intentionem* implere ***). Wir sehen endlich, daß der Beklagte, der sich auf den Angriff nur ruhend verhält, und den Beweis erwartet, wegen des streitigen Punktes durchaus keinen Beweis zu übernehmen hat — Actore non probante, qui convenitur, *etsi nihil ipse praestat*, obtinebit, l. 4. C. de edendo, vergl. mit l. 23. C. de probat., wo man nur einstweilen von dem angeführten Grunde absehen muß, und mit l. 9. C. de except.

Nichts Anderes kann denn auch wohl die vielbesprochene l. 2. D. de probat.: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ besagen. Annehmen, daß in dieser Stelle, so wie in den Worten von l. 23. C. eod. und l. 10. C. de N. N. P. „negantis naturali ratione nulla est probatio“ †), das eigentliche allgemeine Princip

---

*) L. 19. pr. l. 21. C. de probat. L. 9. C. de except. Schon das Wort intentio, intendere, verdient übrigens Beachtung.

**) L. 12. D. eod.

***) L. 19. pr. D. eod.

†) Beinahe klingt dies, wie bei Cicero in den orat. partit. c. 30. Nemo eius, quod negat factum, rationem aut potest, aut debet, aut solet reddere; wenn man jedoch den Zusammenhang vergleicht, so ergiebt sich, daß auch dort von dem Leugnen der Thatsache, die den gegnerischen Angriff begründet, die Rede ist, und genau betrachtet, sagt Cicero nur: „Niemand ist im Stande oder verpflichtet, über eine Thatsache, die er selbst leugnet, nähere Rechenschaft und Er-

der Beweislast, nämlich der nur real affirmativen enthalten sey, würde so viel seyn, als dem römischen Recht in einer so wichtigen, von den Juristen gewiß durchdachten Lehre eine Inconsequenz beimessen, daß es zwei Prinzipien, die keineswegs gleichbedeutend sind oder eines das andere in sich fassen, neben einander hingestellt hätte; will man dieß nicht annehmen, wie man nicht darf, so ist man genöthigt, entweder den Satz: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, für identisch mit dem andern: actori incumbit probatio zu erklären (wie u. A. Hellfeld richtig gethan — denn dicere, wie adseverare in l. 19. de probat. kann nur heißen: Etwas zur Begründung eines rechtlichen Antrages anführen (s. oben S. 122); oder den einen nur als aushülflich für den andern zu betrachten (wie etwa der Brachylogus IV, 15. oder Biener Systema Proc. iud. §. 117.), was eine willkührliche Erklärung ist *), oder aber man muß zur Vertheidigung der bloß affirmativen Beweislasttheorie den andern Grundsatz: Actori incumbit probatio, ganz beseitigen, was bisher nicht gelungen ist. Indem sich nun der Herausgeber auf dasjenige bezieht, was sowohl unser Verfasser S. 112. f. wie auch Linde in seiner Zeitschr. I. S. 107. f. zur Erklärung der obigen Stellen und gegen die Theorie der bloß affirmativen Beweislast gesagt haben, und nicht überzeugt von den Gründen, welche auch noch in neuester Zeit für die letztere Theorie vorgebracht sind, glaubt er erst neue Rechtfertigungen derselben abwarten zu dürfen.

Will man nach dem Allen das Ergebniß der bisherigen Erörterungen noch in eine juristische Regel fassen (wofür die von Borst §. 9. gegebene Beschreibung ohne nähere Verständigung über die Begriffe von Klage, Einrede, Replik u. s. w. schwerlich gelten kann), so möchte wohl unter den bisher aufgestellten die von Martin im bürgerl. Proc. §. 172 (182) angenommene **) die entsprechendste seyn,

---

klärungen zu geben (vrgl. cap. 29 am Ende); es kommt bloß darauf an, ob Etwas geschehen sey oder nicht, und auf die Beweise hierüber." Dagegen ist aber schon *Quintil.* Inst. Or. IV. 2. §. 9. f. nachzusehen, wo er zeigt, daß ein Angegriffener allerdings auch über geleugnete Facta Erklärungen geben könne.

*) Auch der Herausgeber hatte diese Theorie früher in seine Institutionen des Civilprocesses angenommen. Er ist jedoch völlig von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt.

**) Der Herausgeber konnte nicht ermitteln, seit welcher Auflage der hochgeschätzte Gelehrte die obige Fassung der von unserm Verf. S. 114. angegebenen substituirt hat.

„wornach jede angreifende Partei die selbstständige Behauptung von solchen juristisch ungewissen Thatsachen zu erweisen hat, deren Wahrheit vorausgesetzt wird, um diesen ihren Angriff rechtlich zu begründen;" oder man könnte vielleicht auch, um das mehr bildliche Wort: Angreifen und Angriff zu vermeiden, sagen: Jede Partei, welche vor Gericht einen sich nicht schon von selbst, auch bei gänzlicher Unthätigkeit verstehenden Antrag macht, muß die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen beweisen. Mit wenigen Worten sagt es der Satz: Probatio incumbit ei qui agit, was man in der Kurze auch so widergeben könnte: „Jede Partei, die sich eines zuläßigen Rechtsmittels im weitern Sinne (Klagen, Einreden, Imploration, Appellationen und dergl. eingeschlossen) bedient, muß dessen thatsächliche Voraussetzungen beweisen."

Es ist nun an der Zeit, einige Worte über die Regel unsers Verfassers und deren Haltbarkeit zu sagen. Dieselbe findet sich im Anfang des sechsten Aufsatzes mit folgenden Worten ausgesprochen: „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen zu beweisen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt" *). Zu ihrer Rechtfertigung ist im §. 2. (S. 87.) bemerkt: „überhaupt verstehe sich wohl von selbst, daß ein Jeder, dem darum zu Thun ist, unter dem Schutze der richterlichen Gewalt Etwas zu erlangen den Gerichten Wahrheiten vorbringen, folglich den Beweis übernehmen müsse!" Indem wir vorab auf diejenigen Einwürfe verweisen, welche theils Borst S. 16. f. d. 2. Aufl., theils B. Hollweg a. a. O. S. 335. f. sowohl gegen den Ausdruck als auch gegen das Erschöpfende sothaner Regel gemacht haben und wovon einige allerdings zu Rectificationen des Ausdrucks Veranlassung geben können: wollen wir hauptsächlich nur untersuchen, wie sich die Webersche Regel zu der oben ermittelten, auch dem positiven Recht angehörigen verhalte und welchen Gebrauch sie leiste.

Weber verwirft, wie wir gesehen haben, nicht allein die

---

*) In ähnlicher Art heißt es im franz. Cod. civ. Art. 1315. beim Obligationenrecht: celui qui réclame l'éxécution d' une obligation, doit la prouver; réciproquement celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait, qui a produit l' extinction de son obligation.

Theorie der bloß affirmativen Beweislast; sondern er erklärt sich überdies auch gegen die Regel: Actori incumbit probatio (VI, 6.) und zwar selbst dann noch, wie es scheint, wenn man dem Wort actor seine weitere, im Römischen Recht anerkannte Bestimmung giebt, indem er S. 97. behauptet, daß das gegenseitige Verhältniß der streitenden Theile an sich gar keinen Unterschied mache und keinen zureichenden Grund darbiete, um die Verbindlichkeit zur Beweisführung darnach zu bestimmen. Offenbar aber ist die Beweislast wie zuvor gezeigt ward, vorerst eine persönliche Last, welche mit der Parteistellung, mit der Vertheilung der Parteirollen zusammenhängt, die wiederum auf dem verschiedenartigen Interesse und Bedürfniß eines rechtlichen Schutzes beruhet. Für diesen Zweck besteht ein wohlgeordnetes System der Angriffs- und Vertheidigungsmittel, worin jede factische Behauptung ihren bestimmten Platz findet; allein aus dem Inhalt der Behauptungen selbst entscheidet sich noch nicht sofort, wohin sie im Proceß gehören; dieß ermittelt sich erst aus der juristischen Gestalt, in welcher ein Rechtsstreit anhängig gemacht wird. Gerade dieses drückt nun die Webersche Formel nicht genugsam aus, wenn es darin heißt: „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht;" man vermißt hierbei die Nebenstimmung: daß dieß auch der processualischen Ordnung im concreten Fall conform und durch ein dafür gegebenes processualisches Mittel zu bewirken seyn müsse. Es ist dieß hier um so mehr zu urgiren, als die Ausführung im §. 6. a. E. so verstanden werden könnte, daß es lediglich auf den Inhalt der Behauptungen ankomme, um die Frage von der Beweislast zu entscheiden, was doch der Verf. auf keinen Fall gewollt hat, da er weiterhin (S. 101.) selbst anerkennt, daß nicht die Beweislast die Parteirollen, vielmehr diese die Beweislast bestimmen. Die Regel des Verf. entscheidet aber auch nicht darüber, wer den Beweis vorzüglich zu übernehmen habe, wenn der eine Theil in Beziehung auf dasselbe Verhältniß ein Recht, der andere die Befreiung davon in Anspruch nimmt, namentlich in den praeiudiciis, die den status betreffen. Die gemeine Regel läßt hierüber keinen Zweifel; denn immer findet sich in Ansehung eines Streitpunctes nur Ein Theil, qui agit, d. h. Jemand, der das Interesse hat, den Streitpunct durchzusetzen, weil davon ein Vortheil für ihn abhängt oder er sonst

dem Gegner einen Vortheil zugestehn müßte*). Was noch sonst bei einzelnen Worten der Weberschen Formel zu erinnern seyn möchte, übergehen wir, da eine Verschiedenheit unserer Ansicht und der des Verfassers doch wohl nur im Ausdruck Statt findet, vorzüglich da er selbst im §. 11. S. 108. die Formel gebraucht: „Jeder streitende Theil ist schuldig, seine Anträge, zu rechtfertigen," und in §. 6. die Regel auch so ausgedrückt hat: daß jede Partei das Fundament ihrer Anträge wodurch sie Rechte oder Befreiungen und Ausnahmen von erweislichen Rechten Andern geltend zu machen sucht, auch rechtlich beweisen müsse.

VII.

Die nächste Frage, welche sich der persönlichen Beweislast anschließt, ist: in welcher Ordnung liegt den Parteien der Beweis ob, wenn beide beweispflichtig sind? Das hierüber vom Verf. VI. §. 4. und §. 37—40. Vorgetragene, (wiewohl es, beiläufig bemerkt, nicht aus der von ihm aufgestellten Regel der Beweislast folgt) dürfte so wenig erheblichen Einwürfen ausgesetzt seyn, daß der Herausgeber sich weiterer Bemerkungen dazu, außer den schon in den Noten beigefügten, enthalten kann. Nur Folgendes möge in Zusammenhange mit dem Vorausgeschickten hier seine Stelle finden.

Die persönliche Beweispflicht trifft, ihrem Princip nach, jede Partei in derjenigen Reihefolge, in welcher sich die gegenseits gebrauchten Angriffs- und Vertheidigungsmittel nach einander logisch und juristisch bedingen oder modificiren; nebenbei besteht aber zum Zweck der vollen Vertheidigung das Recht jeder Partei, das Gegentheil von demjenigen, was die andern ihrer Intention gemäß prioritätisch zu erweisen hat, darzuthun. Das Verhältniß, in welchem dieser s. g. directe Gegenbeweis zur Beweispflicht derselben Partei in Ansehung ihrer eignen selbstständigen Gegenintentionen stehet,

*) Eigenthümliche Schwierigkeiten bieten sich in den Austrägaldiadicasien oder Präjudicien unter deutschen Bundesgliedern nach der Wiener Schlußacte Art. XXX. wegen Uebernahme der Beweislast dar. Vrgl. des Herausgebers Beitr. zum. d. Staats- und Fürstenrecht I. S. 267., wo jedoch der Zweifel nicht in genügender Weise gehoben ist. Nach einem neuerlichen Bundesbeschluß vom 15. Septbr. 1842. soll die Vertheilung der Parteirollen in solchen Fällen keinerlei rechtliche Folge, und namentlich nicht in Betreff der Beweislast heben. S. die Jahrb. für Preußische Gesetzg. Rechtswissensch. u. Rechtsverw. Bd. 60, S. 590. Man wird also wohl auf das obenbemerkte Interesse zu sehen haben, worauf auch die l. D. de exception. hinweiset.

erscheint freilich in der Praxis vielfach getrübt und ist namentlich in der eigenthümlichen Weise des sächsischen Processes ein ineinanderschwimmendes. Die richtige objective Scheidung der principalen Beweispflicht und des Gegenbeweisrechtes ergiebt sich indeß aus der Bestimmung des Umfangs der realen oder objectiven Beweispflicht, wovon nachher unter VIII. gehandelt werden soll und wozu auch unser Verfasser VI, §. 34—36. treffliche Beiträge geliefert hat *). Gewiß kann hierbei das formelle Römische System der Klagen Exceptionen, Replicationen, Duplicationen u. s. f. keine ausreichende Grundlage gewähren; das neuere Proceßrecht hat sich davon lossagen und ein viel freieres System von Klagen und Einreden bilden müssen. Ganz vor Kurzem hat zwar wieder B. Hollweg a. a. O. S. 370. f. die Vermischung wahrer (römischer) Exceptionen und anderer Arten von Vertheidigungsmitteln (Defensionen) des Beklagten in der heutigen Praxis gerügt **), und, indem er hierbei sehr richtig und schön das Verhältniß der einen Art zur andern bestimmt, nur die eigentlichen Exceptionen zu einem abgesonderten Beweisverfahren für geeignet erklärt, dahingegen die von ihm s. g. uneigentlichen oder Quasiexceptionen zum directen Gegenbeweise verweisen wollen, natürlich ohne den Beklagten der Beweislast zu entheben. So begründet nun auch nach Römischem Recht der gemachte Unterschied ist ***): so möchte es doch sehr bedenklich seyn, die darauf gestützte Neuerung beim Beweise zu billigen und einzuführen. Abgesehen nämlich davon, daß unter beiden Arten der Vertheidinungsgründe große Aehnlichkeiten bestehen, wie B. Hollweg selbst nicht verkennt, daß insbesondere schon nach dem römischen Recht ihre Wirkungen ganz dieselben sind: so sind sie auch in der Form der Vorbringung und ihrer processualischen Behandlung

*) Vrgl. darüber die Schriften von J. A. M. Albrecht, die Exceptionen, München 1805. Jul. Knappe, Vers. e. Entw. des Begr. der Except. Ebds. Sintenis in v. Linde, Zeitschr. VII, 447. f. u. in. s. pract. Civilr. §. 32. v. Savigny System. V, §. 225. f. des Herausgebers System. des Civilpr. §. 134. f.

**) Vrgl. auch Roßhirt Entwickelung der Grds. des Strafr. Heidelb. 1828. S. 226. wo sich aber die Note 2. aufgestellte Formel: si paret Gaio Sempronio mutuo data neque ab ipso soluta esse schwerlich als echt nachweisen lassen dürfte.

***) Instit. des Civ.-Pr. S. 93. (System §. 135. f.) Auch die exceptiones procuratoriae gehören jetzt dahin, wenn es auch bei den Römern nicht der Fall gewesen seyn dürfte, wo das Verhältniß des Procurator noch ein anderes war als gegenwärtig.

durch die Reichsgesetze einander ganz gleich gestellt*) und ein innerer zureichender Grund zu einer Trennung beider im Verfahren möchte schwerlich aufzufinden seyn. Schon Linde hat sich deshalb gegen Hollweg (Linde und Marczoll Zeitschr. I. S. 148. f.) erklärt, und der Herausgeber sieht sich genöthigt, darin einzustimmen.

Ein andrer Punct betrifft die dilatorischen Exleptionen. Hiervon heißt es in l. 19. C. de probat. sehr bestimmt: Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet; ein Grundsatz, der wohl noch mit dem ältern Exceptionen-Recht zusammen hing. Aber man wird davon ohne Zweifel diejenigen verzögerlichen Einreden ausnehmen müssen, welche sich auf den formellen Rechtsbestand des Judicium an sich beziehen — wie die praescriptio fori und ähnliche, die ohnehin im römischen Rechte nicht als exceptiones dilatoriae ausdrücklich vorkommen — und deren Erledigung die richterliche Aufmerksamkeit von Amtswegen in Anspruch nimmt**); sodann alle die, welche nach processualischer Observanz eine sofortige Bescheinigung oder Erweis nöthig machen.

Auf gleiche Weise liegt es in der Natur der proceßhindernden zerstörlichen Einreden, daß ihr Beweis sofort bei der Vorbringung ohne Rücksicht, ob der Beweis der Klage schon geliefert sey oder nicht, geführt werden muß. Indeß eignen sich diese und andere rein processualische Puncte hier zu keiner nähern Erörterung.

VIII.

Weit erheblicher und einer vorzüglichen Beachtung würdig ist dagegen noch für uns die Frage: Was und wie viel hat die beweispflichtige Partei zu beweisen, und wann hat sie ihrer Aufgabe ein Genüge geleistet? oder die Frage der realen Beweislast, ihres objectiven Umfangs. Hätte man dieselbe nicht fast immer zugleich mit der Frage von der persönlichen Beweislast, oder: welche Partei vor Allem den Beweis zu übernehmen habe, vollständig entschieden geglaubt, so würde man vielleicht eher zu einer befriedigenden Verständigung über die Principien gelangt seyn. Der Herausgeber will sich zwar nicht anmaßen, alle und jede Puncte, die sich hierauf beziehen, in diesen wenigen Blättern ins Reine zu bringen, jedoch

*) Ebsd. S. 323, N. 50. 343, 91. (§. 136. 137. 362. des Systems.)
**) Vrgl. die J. R. A. §. 40. u. 37.

wird schon ihre Aufzeichnung und summarische Beleuchtung mit Rücksicht auf die Vorarbeiten unsres Verf. und anderer Gelehrten nicht völlig nutzlos seyn.

Wir sind oben davon ausgegangen, daß die Beweislast identisch sey mit dem Interesse, ein zulässiges processualisches Rechtsmittel, sey es zur Durchsetzung einer Anforderung, sey es zur Abwehr einer solchen zu gebrauchen. Eben damit ist nun allerdings auch schon das Object der Beweislast für denjenigen, qui actoris partibus fungi debet, er heiße Kläger oder Antworter, gegeben; denn es versteht sich ganz von selbst, daß sich die Beweislast auf alles dasjenige erstrecke, was zur Rechtfertigung des zur Hand genommenen Rechtsmittels gehört, in sofern die zweifelhaften Voraussetzungen überhaupt eines Beweises bedürfen (oben Nr. IV.) Vor Allem kommt es demnach auf eine richtige Scheidung der gegenseitigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel und auf eine genaue Kenntniß dessen, was in jedem einzelnen Falle zur Begründung eines solchen gehört, an, wie unser Verfasser VI, §. 18 bereits angemerkt hat. Ein Civilproceß, worin ein solches Rechtsmittelsystem gar nicht besteht, oder nicht schon durch Theorie und Praxis zum Bewußtseyn gebracht ist, wäre entweder ganz undenkbar oder noch im Zustand der Kindheit. Im gemeinen Recht fehlt es daran nicht; vorzüglich hat darin die juristische Technik der Römer vorgearbeitet; besonderen Nutzen leisten dabei ihre noch vorhandenen proceßualischen Formeln, womit sich der Scharfsinn der neuern Civilisten vielfach beschäftigt hat.

Den Stoff oder die Grundlage eines processualischen Rechtsmittels bildet nun im Allgemeinen stets die Behauptung eines Rechtsverhältnisses, d. i. Etwas äußerlich in Raum und Zeit wahrnehmbares, woran sich unter den jetzigen Parteien ein Anspruch oder eine Beseitigung desselben rechtlich anknüpfen läßt.

Zur Klagebegründung (actio), als dem ersten Angriff, gehört demnach Alles dasjenige, was das römische Formularrecht und selbst noch das Justinianische durch intentio ausdrückte, worüber es näherer Erläuterungen nicht eben bedarf *). Darin ist aber auch ganz von selbst der h. z. T. sogenannte Legitimationspunct und zwar nicht blos der active, sondern auch passive mit begriffen, denn die intentio geht eben mit darauf, daß ein bestimmtes Rechtsverhältniß

*) Der Herausgeber erlaubt sich auf seine Observat. ad Gaii Comm. IV. cap. 12. sqq. und auf Zimmerns Rechtsgesch. Th. 3 zu beziehen.

unter der streitenden Theilen bestehe *). Die Beweispflicht des Klägers unterliegt also dabei keinem Bedenken. Dasselbe gilt von den formellen Bedingungen, unter welchen allein die Anbringung der Klage in ihrer concreten Gestalt, bei diesem Gericht, durch diesen Sachwalter zugelassen werden kann, oder wenn Zweifel über die persona justa der Parteien entstehen; vorbehältlich dessen, was nachher über den Grenzpunct der Beweispflicht gesagt werden muß **).

Den Inhalt wahrer Exceptionen, Replicationen u. s. f. zu bestimmen, macht in der Regel keine Schwierigkeit, da derselbe in den Gesetzen größtentheils deutlich und klar angezeigt ist. Desto schwieriger ist es oft, unter den Erklärungen des Beklagten dasjenige heraus zu finden, was den Stoff einer sonstigen, selbstständigen Defension bildet und nicht etwa bloß als ein motivirter Widerspruch gegen den Inhalt der Klage, als eine der Sache nach negative Litis-Contestation erscheinen muß, was sich dann auch noch weiter auf die uneigentlichen Replicationen des Klägers u. s. f. ausdehnt. Dies nun ermittelt sich ebenfalls wieder aus der Feststellung des Grenzpunktes der Beweispflicht. Denn es erscheint als eine natürliche Nothwendigkeit, daß, sofern ein Theil seiner Beweispflicht Genüge geleistet hat, alle selbstständigen, das Resultat des gegnerischen Beweises wieder aufhebenden, auch juristisch erheblichen Behauptungen, sofern sie nicht bloß das Daseyn des Beweisresultates nach seinen Prämissen und seinem thatsächlichen Inhalt betreffen, nur durch einen eignen Gegenangriff geltend gemacht werden können, folglich auch einen selbstständigen Beweis erheischen.

Somit ist die Frage: Wie viel hat der jedesmal angreifende Theil zur Begründung seiner Intentio beizubringen? oder bis wie weit kommt es auf die historische Reproduction der Details einzelner Thatsachen an? eine der allerwichtigsten. Zum Glück dürfte man jedoch darüber, bis auf den Punkt wegen der rein negativen Behauptungen so ziemlich im Reinen seyn, so daß sich der Herausgeber dabei im Wesentlichen auf die Vorarbeiter beziehen kann.

In den Quellen des gemeinen Rechts finden wir freilich kein allgemeines Princip ausgesprochen, sondern nur die Entscheidungen einzelner Fälle, diese aber reichen gerade hin, um ein solches zu

*) Gründlich ausgeführt von B. Hollweg, Versuche No. II. S. 82 f. Vergl. auch Linde Civil-Pr. §. 115.

**) Vrgl im Allgem. hierüber Borst a. a. O. §. 41. f.

gewinnen. Bei einigen dieser Entscheidungen könnte es zwar scheinen, als ob man dabei weniger nach einer scharferkannten juristischen Regel wie nach einem gewißen dunklen Gefühl zu Werke gegangen sey, wie denn z. B. Paulus in l. 12. D. de probat. sagt: Prima fronte aequius videtur, ut actor probet, quod intendit; indessen wird ja hier gerade die Aufrechthaltung einer stricten Regel als das scheinbar aequius bezeichnet; aequius videtur kann daher kaum etwas anderes heißen, als: es scheint keinen zureichenden Grund zu geben, die Regel zu verlassen; auch setzt Paulus sogleich mit großer Bestimmtheit hinzu: sed nimirum probationes quaedam a reo *exiguntur;* er bestärkt also dadurch, daß es hier an festen Grundsätzen nicht mangele. Eben so sind in l. 8. und 25. D. eod. Billigkeitsgründe neben der wahren Regel angeführt. Es ist dies bekanntlich nichts Seltenes in den Rechtsquellen und darf nicht verleiten zu einer regellosen Vagheit.

Jene Grundsätze sind nun in der That nichts Anderes, als eine Anwendung der Theorie der historischen Gewißheit auf die processualischen Verhältnisse. Der Historiker, dem es um den Nachweis eines geschichtlichen Verhältnisses zu thun ist, sucht zuvörderst nach der Entstehung desselben. Aber selten reichen die Quellen bei seinen Forschungen soweit, um jedes Detail der Entstehung bis zur Evidenz zu vergegenwärtigen; hinterher verschwindet oft jede Spur von dem Bestande des Verhältnisses in den Quellen. Wie verhält sich nun dabei der Historiker? Er nimmt die Erfahrungen des Lebens zu Hülfe. Das Verhältniß gänzlich zu leugnen vermag er nicht; seine Quellen liefern unverdächtigen Beweis, daß das fragliche Verhältniß entstanden sey, wenn auch das Wie, Wo und sonstige Umstände nicht gegeben sind; ihm muß es genügen, wenn entweder die Entstehung des Verhältnisses durch glaubwürdige Zeugnisse im Allgemeinen angezeigt wird, oder wenn alle wesentliche Punkte, die ein gewisses Verhältniß begründen, sich vermerkt finden. Daß solches demungeachtet nicht zu Stande gekommen, daß es wegen entgegenstehender Hindernisse in sich wieder zerfallen sey, wird der Historiker ohne weiteres Zeugniß nicht annehmen; und eben so wenig wird er ohne ein solches Zeugniß die Fortdauer des Verhältnisses bis dahin wo es nach erfahrungsmäßigen, wenn auch nur Wahrscheinlichkeitsgründen seine Endschaft erreichen mußte, bezweifeln dürfen. Nicht anders wird es sich nun auch im Wesentlichen mit der juristischen Gewißheit verhalten. Auch hier handelt es sich um geschicht-

liche Verhältnisse. Der Unterschied ist nur: daß der Richter in der Benutzung der Quellen historischer Begründung beschränkter ist, als der Historiker, worauf es übrigens hier nicht weiter ankommt; daß der Richter, nach der eigenthümlichen Stellung, welche ihm besonders die Verhandlungsmaxime, das Judicio contrahitur, giebt, nicht selbst nach den Beweisgründen zu suchen hat, welche sich etwa der Annahme eines bestimmten Rechtsverhältnisses entgegenstellen möchten, selbige ihm vielmehr von derjenigen Partei an die Hand gegeben werden müssen, welche ein Interesse dabei hat, daß die Existenz eines solchen noch klagbaren Rechtsverhältnisses wirklich angenommen werde; daß endlich der Richter nur juristisch Erhebliches zu berücksichtigen hat, bei ihm sich alles Faktische nach dem Umkreis einzelner Rechtsregeln abschließt; daß es sich mit andern Worten um Rechtsverhältnisse bei ihm handelt und, wenn sich ein solches factisch ergeben hat, dieses alsdann auch die richterliche Anerkennung nach sich ziehen muß, so lange es nicht durch entgegenstehende Rechtsverhältnisse wieder beseitigt und modificirt ward.

Ueberhaupt sind es nun folgende Grundsätze, welche als entscheidend aufzustellen sind.

1. Es genügt, daß das Thatsächliche in seiner unmittelbaren äußern Erscheinung, soviel als davon wesentlich erfordert wird, um ein Rechtsverhältniß zu begründen, (d. h. die Anwendung einer Rechtsregel möglich zu machen), reproducirt werde, ohne daß zugleich die innere Beziehung von Personen zur Thatsache, oder die Abwesenheit von besondern äußern Umständen, welche die regelmäßige Entstehung des Rechtsverhältnisses hätten verhindern können, nachzuweisen ist; — sofern nicht eben auf eine solche Ausnahme von der weitern Regel ein Rechtsmittel gestützt wird; dieser weitern Regel selbst gegenüber gehört sie zu den Vertheidigungsgründen des Gegners.

2. Die Stelle des detaillirten Beweises der wesentlichen Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses kann auch vertreten werden durch ein processualisch vollkommen glaubwürdiges Beweismittel, wodurch die wirkliche Entstehung des Rechtsverhältnisses, wenn auch nur im Allgemeinen, bekräftigt wird.

3. Ein einmal entstandenes Rechtsverhältniß ist so lange als fortbestehend anzusehen, als nicht die Wiederaufhebung desselben erhellet. Es ist also nur die Entstehung, nicht auch die Fortdauer regelmäßig zu beweisen. Und was von den Hindernissen der Entste-

hung eines Rechtsverhältnisses gilt, muß wiederum auch von den Hindernissen der regelmäßigen Auflösung eines solchen geben.

Die Rechtfertigung dieser Regeln kann hier um so kürzer seyn, da sie auf das Genaueste mit den Ergebnissen der neuesten Untersuchungen über Beweislast zusammentreffen *). Nur einzelne gesetzliche Belege aus den Quellen des gemeinen Rechtes sollen daher im Folgenden gegeben werden,

Der erste obige Satz umfaßt mehrere Propositionen. Daß es nur auf die wesentlichen Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses ankommt, nicht aber auf irrelevante Nebensachen, folgt schon von selbst um deßwillen, weil im Proceß nur das wirkliche Relevante, wie vom Historiker das für die Wissenschaft der Geschichte wahrhaft Merkwürdige und Nothwendige, zu berücksichtigen ist. Natürlich kann aber in einem Fall ein Punkt unwesentlich, und in einem andern Fall entscheidend seyn, z. B. Zeit und Ort eines Rechtsgeschäftes. (Vrgl. oben IV. §. 18.) In wie fern insbesondere zu den Essentialien eines zu beweisenden Rechtsverhältnisses auch die Form gehöre, ist von unserm Verfasser IV. 30. f. genügend dargelegt worden.

Daß nur äußere Thatsachen nicht auch innere menschliche Zustände regelmäßig zu beweisen sind, wenn man sich nicht selbst auf ein besonders Verhältniß solcher innerer Zustände zu der Außenwelt zu seinem Vortheil beruft, erklärt sich damit, weil eines Theils innere Thatsachen an und für sich gar kein Rechtsverhältniß constituiren **), sondern nur für den juristischen Charakter äußerer Handlungen von Erheblichkeit sind, diese aber, als vollendete Thatsachen in der Sphäre des Staates wenigstens so lange einen hypothetischen Anspruch auf Geltung haben, als sie nicht durch Urtheil des Staates auf erhobenen Widerspruch für rechtlich ungenügend oder verwerflich erkannt werdeu, weil sie etwa objektiv verletzend, d. h. dem Staatswillen widersprechend sind. Daher erklärt sich, daß, wer den Dolus eines Andern behauptet, denselben beweisen muß, l. 18. §. 1. D. de probat. Ein Gleiches gilt von der Allegation der mala fides des Andern, ferner von der Allegation des error oder der ignorantia, eines bloßen Scherzes, einer in dem Geschäfte selbst nicht erkennbaren entfernten Absicht, z. B. der Simulation, oder der Unfreiwilligkeit (z. B. wegen erlittenen Zwanges), oder endlich einer Geistesabwesenheit

*) S. vorz. Weber VI. §. 18. S. 168. f. Collmann S. 27.

**) Brackenhoeft die Identität u. Connexität. S. 127.

(L. 5. C. de codicillis *). Auf der andern Seite ergiebt sich zugleich die Nichtverbindlichkeit zum primären Beweise der eignen bona fides, so wie es auch keineswegs nöthig ist, bei dem Nachweis einer objectiv rechtsverletzenden Handlung zur Begründung der Klage oder Einrede noch besonders ein widerrechtliches inneres Verhalten des Verletzenden darzuthun, wenn nicht eben die eigenthümlich erhebliche Qualification desselben als dolus einen selbstständigen Beweis erfordert **)

Wenn wir ferner behauptet haben, daß die Abwesenheit von Hindernissen der regelmäßigen Entstehung eines Rechtsverhältnisses nicht zu beweisen sey, sofern man nicht eben auf die Hindernisse ein rechtliches Angriffs- oder Schutzmittel gegen den Andern stützen will, so ist dieß nichts anders als eine natürliche Folge davon, daß, wer die Anwendbarkeit einer Rechtsregel für sich nachweisen kann, eben darum auch auf rechtlichem Boden steht und Anspruch auf gerichtlichen Schutz hat, weshalb daher Jeder, der dieß nicht zugeben will, und ein Recht zum Widerspruch hat, die Ausnahme von der Regel in concreto beweisen muß ***). Denn er kann ja seinen Widerspruch freiwillig aufgeben oder denselben versäumen. Das liegt in der Verhandlungsmaxime, in dem freien selbstthätigen Kampfrecht. Deutlich ist dieß schon in l. 5. pr. D. de probat. anerkannt. So ist die Regel für allgemeine Dispositionsfähigkeit, für das in commercio esse der Sachen; wer die Anwendbarkeit der Regel in concreto nicht einräumen will, muß die Beweislast der Ausnahme übernehmen, falls sie nicht etwa unmittelbar gesetzlich an einer bestimmten Sache haftet. Und so muß auch, wenn der Petitor sich auf einen rechtlichen Act

---

*) Vrgl. Collmann S. 29. 34. Auch Borst S. 83. f. Mühlenbruch Civil-Pr. S. 158. f.

**) S. auch Linde a. a. O. S. 155.

***) Wenn B. Hollweg S. 351. auch dieß aus dem Inhalt seiner allgemeinen Regel: adfirmandi incumbit probatio, an und für sich erklären will, so möchte die Ausführung hiervon vielleicht mehr künstlich als überzeugend seyn. Wenigstens möchte nicht Jedem einleuchten, warum derjenige, welcher sich auf ein Rechtverhältniß beruft, also der eine adfirmans, bloß die Thatsachen nachzuweisen habe, welche die Entstehung des Rechts nach dessen Begriffe — also auch in der Regel zur Folge haben; der erste adfirmans setzt ja doch schon etwas Besonderes, sein Rechtsverhältniß zum Gegner; warum sollte er hier nicht alle, auch die speciellen oder Ausnahmsweise eintretenden Bedingungen darzuthun haben?

beruft, welcher in einer bestimmten Form vollzogen seyn muß, genügen, daß die nachgewiesenen Formen mit der allgemeinen Regel für das besondere Rechtsgeschäft harmoniren, während dem Gegner überlassen bleibt, die speciellen Gesetzwidrigkeiten, welche nicht in der Form des Actes selbst liegen, wohl aber extrinsecus seiner Giltigkeit entgegenstehen, darzuthun *). Endlich gehört zu den besonderen äußeren Umständen, deren Beweis man nicht zu führen hat, auch der, daß einmal erklärter Wille, aus welchem ein bestimmtes Recht erwachsen konnte, nicht wieder geändert, oder durch keine entgegenstehende Verfügung aufgehoben worden sey, wenn dieß nicht aus der Sache selbst klar ist. L. 22. D. de probat. l. 22. de legat. 2. l. 11. §. 12. D. de legat. 3.

Für den zweiten obigen Satz haben wir die deutlichen Aussprüche der römischen Rechtsquellen für uns, nämlich: L. 30. D. de V. O. „Si quis fideiussisse se scripserit, videri omnia solenniter acta". §. 17. I. de inutil. stipul. § ult. I. de fidejuss. l. 14. C. de contrah. et comm. stipul., womit auch noch l. 5. §. 1. D. h. t. verbunden werden kann. Namentlich wird hier immer Selbstzeugniß, (sehr wichtig besonders um deßwillen, weil hier ein error nicht leicht beachtet werden kann) oder ein Zeugniß vollkommen unterrichteter Personen vorauszusetzen seyn.

Für den dritten Satz, dessen Ausführung besonders bei B. Hollweg S. 345. f. nachgesehen werden kann **), der auch zum Theil schon vorhin durch die Parallele der historischen Wahrscheinlichkeitstheorie begründet ist, ganz besonders aber in der ideellen Natur der Rechtsverhältnisse seine Rechtfertigung findet, mangelt es ebenfalls nicht an ausdrücklicher Bestätigung in unsern Rechtsquellen. Sie verlangen nämlich von demjenigen, der sich auf die Aufhebung oder Modification eines einmal entstandenen Rechtsverhältnisses

---

*) Also Nichtigkeiten eines Urtheils, die nicht aus ihm selbst erhellen. Unzulässigkeit zugezogener Instrumentszeugen (vrgl. oben S. 150.) S. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 160.

**) Nur die Bemerkung S. 346. Note 49., daß sich das Daseyn eines behaupteten Rechtes, auf directem Wege weder durch Zeugnisse, noch auch durch Geständnisse und Eide beweisen lasse, da sie auf das Recht gerichtet ein Urtheil enthalten würden, kann hier nicht unbedingt unterschrieben werden. Sie negirt jeden juristischen Begriff im Volke.

stützet, den Beweis derselben *) und entbinden folglich davon den Gegner, der sich auf den Fortbestand des Rechtsverhältnisses beruft; vorausgesetzt daß dessen Rechtsforderung nicht wesentlich auf einen bloß factischen Zustand gegründet ist, der in oder bis zu einem gewissen Zeitpuncte dagewesen seyn muß, wo dann freilich das Factum auch bis dahin oder für diesen Zeitpunct nachzuweisen ist.

Es bleibt nunmehr für den gegenwärtigen Abschnitt bloß noch die Streitfrage übrig, ob es nämlich irgendwie eine Veränderung in der realen Beweislast hervorbringe, wenn die Voraussetzung eines streitigen Rechtverhältnisses eine Verneinung ist, oder eine solche wenigstens mit dazu gehört. Alles erwogen kann nun weder die Unmöglichkeit einer auf Verneinungen gerichteten, befriedigenden Beweisführung anerkannt, noch eine Befreiung davon in den Gesetzen gefunden werden, indem diese vielmehr den Beweis von negativen Sätzen, selbst von solchen, die sich in keinen bestimmten affirmirenden Satz auflösen lassen, nicht selten verlangen **), weßhalb auf die schon oben gedachten Ausführungen unsres Verfassers und Andrer Bezug genommen werden darf. Demnach muß sich die Frage über die Beweislast bei vorkommenden Verneinungen ganz nach den so eben vorgetragenen Sätzen entscheiden, und nur der vollständigen Uebersicht halber möge hier noch in der Kürze eine Anwendung derselben auf solche Negativen gemacht werden. Es ist nämlich unbedenklich

1. daß, insofern die Entstehung eines Rechtsverhältnisses von einer negativen Voraussetzung abhängt, z. B. von dem Eintritt einer aufschiebenden negativen Bedingung, die Rechtsforderung selbst nur durch den vom Fordernden zu führenden Beweis der Nicht-Existenz des, die Rechtserwerbung ausschließenden Ereignisses begründet wer-

---

*) Namentlich der solutio l. 12. 25. §. 2. D. l. 1. C. de probat. der Aufhebung der patria potestas. L. 8. D. eod. Unter den nämlichen Gesichtspunct gehört auch l. 22. D. de probat. ferner l. 17. D. eod. eben so l. 11. D. eod. in Verbind. mit l. §. 13. D. de magistrat. conven., überhaupt Ablehnung der Verantwortlichkeit für die Nicht-Erfüllung einer obligatio, wovon oben VI. §. 20. die Rede war.

**) Wie in den Fällen, wo es auf einen gewissen Besitzstand ankommt. B. Hollweg a. a. O. S. 347.

**) Wie sich selbst die gesetzliche Ausnahme bei der exceptio non numeratae pecuniae sehr wohl aus der Natur der Sache erklären lasse, darüber vrgl. B. Holweg S. 344. Unterholzner im Arch. für Civ.-Pr. VII. S. 6.

den kann *). Niemals darf aber zu solchen negativen Voraussetzungen die bloße Verneinung von Hindernissen gezogen werden, wodurch die regelmäßige Entstehung des Rechtes in concreto Ausnahmsweise hätte hinterzogen werden können, wie es z. B. zum Beweise der erlöschenden Klageverjährung, die wesentlich schon durch den Zeitverlauf zwischen einem bestimmten Anfangs- und Endpunct vor sich geht, keineswegs erforderlich ist, daß eine Unterbrechung nicht vorgekommen. Diese, als das Hinderniß, hat vielmehr der Gegner darzuthun **). Eben so gewiß ist

2. daß, wenn ein schon entstandenes Rechtsverhältniß durch einen auf Negation von Thatsachen beruhenden rechtlichen Gegensatz wieder aufgehoben oder modificirt werden soll, der diesen Gegensatz für sich in Anspruch nehmende eben die negative Voraussetzung beweisen muß, z. B. die Extinction eines Rechtes durch non usus ***).

Ob Borst §. 24 — 26 diese zwei Grundsätze vollkommen richtig durch die Regel ausgedrückt habe: daß die Verneinung, welche die ursprüngliche Entstehung des Rechts bedinge, zum Beweise dieses Rechts gehöre, dahingegen die, welche nur die Reife und Vollendung bedinge, zum Vertheidigungsgrunde des Angegriffenen; — das möchte der Herausgeber auch noch gegen Linde's Beistimmung (Zeitschr. S. 103.) bezweifeln. Und wenn wir übrigens auch in den römischen Rechtsquellen keine vollständige Lösung aller Probleme finden, so darf uns dieses nicht irre machen an der Richtigkeit der darin anerkannten obersten Regel für alle Fälle. Die Erklärung hiervon ist leicht:

---

*) L. 10. D. de V. O. Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione: Si Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse. Hier ist zwar zuvörderst nicht gesagt, daß der Fordernde den Beweis zu übernehmen habe, aber wie sollte dieß geleugnet werden können, wenn man erwägt, worin petitoris partes bestehen? Wenn man ferner, wie Borst §. 27. und vor ihm schon Andere, selbst Irnerius, die Stelle bloß darauf bezieht, „sofern vor dem ersten Mai geklagt werden sollte", so möchten dieß die Worte, genau genommen, kaum ausschließlich ausdrücken, anderntheils aber, und selbst dieß zugegeben, würde die ratio der Beweislast dieselbe bleiben. Die Entstehung eines von einer Bedingung abhängigen Verhältnisses kann der Regel nach und wesentlich nur durch die Erfüllung der Bedingung vor sich gehen; das Wesentliche und die Regel ist aber allemal zu beweisen. Der Herausgeber kann also Borst's Meinung hierüber nicht theilen.

**) B. Hollweg S. 348. Note 55.

***) S. Denselben eben daselbst.

Bei den Römern stellten sich wegen der weniger gebundenen Beweisführungsart diese Puncte ohne Zweifel weit weniger schroff heraus als bei uns, wo Jedem genau zugemessen zu werden pflegt, was er zu beweisen habe, und viel Streitens darüber seyn kann. So weit als wir den Römer-Proceß uns vergegenwärtigen können, mußte jede Partei, die Etwas durchsetzen wollte, bei der Beweisführung jede mögliche Wendung im Voraus berechnen und sich darauf gefaßt machen, so wie der Gegner auch sogleich mit seinem Gegenbeweise bei der Hand seyn mußte. Was von Beweisen aufzutreiben war, wurde also gewiß sorgfältig und bei Weitem mehr herbeigeschafft, als jetzt geschieht, wo man durch die Spaltung der Beweisführungen und durch die stricte Bestimmung der Beweislast im Interlocut ganz eigenthümliche Streitkünste zu gebrauchen in den Stand gesetzt wird. Daher läßt sich erklären, warum die römischen Rechtsquellen so oft ohne nähere Rücksicht auf die Beweislast bloß von dem nothwendigen Resultate der Beweisführung reden, si exploratum est, si probatum erit, si probari potest u. d. gl.

Indem wir nun auch bei der gegenwärtig wiederholten Revision der Weber'schen Lehre unwandelbar von ihrer Richtigkeit in den Resultaten überzeugt bleiben, ist nur noch der neueste Versuch zu prüfen, welchen Herr Dr. Theobald Rizy zu Wien in seiner schon früher erwähnten Schrift: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse (1841), gemacht hat, die Weber'sche Lehre vom Throne zu stürzen.

Diese Schrift, in welcher wir uns freuen, einem gründlichen Streben nach Wahrheit zu begegnen, übernimmt von Neuem die Vertheidigung der Regel: Adfirmanti non neganti incumbit probatio, als des eigentlichen Princips der Beweislast, nnd zwar in ihrem unmittelbaren Wortsinn. Sie lautet, nach der objectiven Seite hin ausgedrückt: „Wenn über einen und denselben an sich ungewissen und entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Erklärungen abgegeben werden, so ist nur die bejahende, nicht auch die verneinende Gegenstand der Beweislast", also „hat auch in der Regel der bejahende Theil und nicht der verneinende die Last des Ersten oder Vorbeweises". (S. 195.) Unter bejahenden und verneinenden Sätzen werden aber allerdings nicht rein logische Positionen und Negationen verstanden, sondern nur real-positives

und negatives (s.g. Facta und Non-Facta). Ersteres sind diejenigen Sätze, welche den Eintritt einer Veränderung aussagen; letzteres diejenigen welche die Existenz einer Veränderung leugnen. Denn Thatsachen, oder factische Momente, von welchen Entstehung oder Zerstörung der Rechte abhängt, bestehen, wenn vielleicht nicht immer, doch größtentheils in einer Veränderung des bisherigen Zustandes. (S. 40.) Darauf sind auch die Behauptungen einer gewissen Qualität, Quantität, Causalität zurückzuführen. (S. 45). Der Grund aber, warum realpositive Sätze bewiesen werden müssen, ist kein anderer, als die höhere Wahrscheinlichkeit, welche realverneinende Sätze vor den realbejahenden voraus haben, indem jene einen unverhältnißmäßig größeren Umfang, als diese in sich tragen, wie z. B. wenn man von einer Sache aussagt: sie sey nicht roth, im Gegensatz zu zu dem der solches behauptet. (S. 53 und 189). Diese höhere Wahrscheinlichkeit des Verneinten leidet inzwischen einen Abfall, wenn das Reich der Möglichkeit nur in zwei engbegrenzte Sphären zerfällt, so daß alles, was von der Einen ausgeschlossen wird, nothwendig in die Andere fallen muß; z. B. wenn es sich davon handelt, ob ein Vermögenszuwachs in der Ehe vom Manne oder von der Frau herrühre. Hierbei hilft dann das positive Recht durch Aufstellung specieller Vermuthungen nach; außerdem ist die Regel Actori incumbit probatio ein unentbehrlicher Hilfssatz zur Bestimmung der Beweislast, weil, wenn beide Theile eben nur eine gleiche Möglichkeit behaupten, der Richter keinem Theile an und für sich einen höheren Glauben beimessen, mithin die Sache nur in ihrer bisherigen Lage bleiben und der Rechtszustand nicht zu Gunsten des Klägers verändert werden kann. (S. 198).

Man sieht aus dieser zwar kurzen aber hoffentlich getreuen Skizze, daß der geehrte Gegner eigentlich ein Anhänger der Wahrscheinlichkeitstheorie ist und diese hauptsächlich in den an die Spitze gestellten Satz Adfirmanti non neganti i. p. hineinträgt, den Letzteren aus der Ersteren rechtfertigend; es findet insonderheit eine nahe Berührung mit der Schneiderschen Theorie statt, auf deren Lehrsätze auch mehrfach Bezug genommen ist.

Was ist nun wahr oder fehlerhaft darin?

Befremden muß es vorab, daß der gegentheilige Schriftsteller nicht Eines sondern zwei Principien neben einander aufstellt. Eines freilich nur zur Aushilfe. Woher aber dessen untergeordnete Stellung? Keines von beiden Principien folgt aus dem andern, oder

durch das andere aus einem höheren; sie sind also beide gleichberechtigt, coordinirt, und doch soll das Eine nur der Nothhelfer seyn, wo uns das andere verläßt! Man würde sich noch eher denken können: Der Satz: actori incumbit probatio sey der eigentlich entscheidende und derselbe werde nur durch den Satz adfirmanti inc. pr., im Sinne des Verfassers, modificirt, indem durch Ersteren die Beweislast subjectiv, durch Letzteren objectiv bestimmt würde. Wie sie dagegen als Steuerruder und Nothanker wissenschaftlich neben einander bestehen können, erscheint völlig unklar.

Lassen wir indeß die Regel Adfirmanti u. s. w. als Hauptregel gelten; nehmen wir an, es komme für das Princip der Beweislast was den Vorbeweis, die Priorität betrifft, auf Parteirolle und Rechtsmittel nicht an; der Inhalt der Behauptungen habe allein zu entscheiden! Warum soll der, welcher ein Factum affirmirt, beweisen, nicht aber derjenige, welcher sich auf das Non-Factum beruft? Die Gegenschrift belehrt uns: weil Letzterer den größesten Umfang von Möglichkeiten, mithin die größere Wahrscheinlichkeit für sich habe.

Wir unsrerseits, erinnern zunächst daran: daß jede Affirmation ihrem Inhalt nach zugleich eine Negation ist, nud umgekehrt die Negation eine Affirmation enthält. Ganz gewiß ist das bei historischen Thatsachen oder Zuständen der Fall, welche der Gegenstand, die Elemente der Rechtsverhältnisse und somit der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind. Es sind Gestaltungen in Zeit und Raum. Wird eine solche auf der einen Seite behauptet, auf der anderen verneint, so liegt in dieser Verneinung begreiflicher Weise nicht etwa die Behauptung eines absoluten Nichts, einer gänzlichen Leere von Ort und Zeit, die es nicht giebt, auch nicht die Behauptung aller entgegengesetzten denkbaren Möglichkeiten, — denn diese können nicht zusammen, oder untereinander bestehen; — sondern es ist allezeit nur die Behauptung eines anderen Zustandes, als der Gegner für wahr setzt, eines Zustandes, den man entweder nicht kennt, oder nicht angeben will, was an sich nicht über die Beweislast entscheiden kann; wenigstens ist dieses nirgends behauptet. Der Gegensatz der Behauptung oder die in der Verneinung liegende Behauptung ist aber immer nur = 1. Statt dessen, was der Eine behauptet, kann immer nur ein Anderes in derselben Räumlichkeit und Zeitlichkeit vorhanden gewesen seyn. Und wie viele denkbare Möglichkeiten dabei immer angenommen werden können: es handelt sich nicht um einen Streit zwischen Wirklichkeit und zahllosen Möglichkeiten, sondern nur um Eine

Wirklichkeit. Affirmation und Negation stehen sich also einander ganz gleich und weder die eine noch die andere hat an und für sich Anspruch für wahrscheinlicher gehalten zu werden, als die andere; aus subjectiven Gründen könnte man aber sogar das Schlechtweg-Leugnen einer Thatsache, ohne die Angabe, was statt ihrer dagewesen, zu einer Präsumtion gegen die Wahrheitsliebe des Leugnenden benutzen, wenn er Gelegenheit und Veranlassung hatte, die wahre Beschaffenheit der Sache zu ergründen.

Demnach müssen wir die Lehre des gegenseitigen Schriftstellers schon in ihrer Grundlegung für unrichtig erklären.

Zur Bekräftigung dient noch dieses:

Der geehrte Gegner selbst macht sich den Einwurf, daß eine Negation per positionem alterius geschehen könne, wie es denn oftmals im Proceß bei der s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae geschiehet, oder vermittelst einer Erläuterung: z. B. wenn ein Theil behauptet, dem andern ein Darlehn von 100 gegeben zu haben, der Andere aber behauptet, die 100 als Geschenk empfangen zu haben. Wer ist hier der Adfirmans? Es wird darauf (S. 52.) gesagt: „Wer seine Logik nicht ganz vergessen hat, wird leicht bemerken, daß der conträre Widerspruch (per positionem alterius) den contradictorischen (per simplicem negationem) in sich schließt. Wenn in dem angeführten Beispiel also der Beklagte behauptet; ich habe die 100 als Geschenk vom Kläger erhalten, so hat er auch gesagt, daß er die 100 nicht als Darlehn empfangen habe. Das Wesentliche der Gegenrede besteht also (?) in der Ableugnung des von dem Kläger angeführten Factum; (Warum denn gerade das Wesentliche?) daß er diese Verneinung auf einem indirecten Wege durch Bejahung eines mit jenem Factum im Widerspruch stehenden Factums vorbringt, mag seinen guten Grund haben; es kann ihn besonders bei der Führung des indirecten Gegenbeweises gar sehr erleichtern, aber nimmermehr zur Uebernahme eines Vorbeweises verpflichten. Es ist in solchen Fällen der Widerspruch per positionem alterius auf dem Standpunct der Beweislehre lediglich als eine simplex negatio zu behandeln und rücksichtlich der Beweislast gerade so zu betrachten, als wenn der Widersprechende sich eines realverneinenden Satzes bedient hätte."

Wir überlassen es getrost unsern Lesern, ob ihnen ihre Logik auch so leicht über den Berg hilft und ob nicht vielmehr, wenn ein streitender Theil sagt, die Sache sey roth, der andere, sie sey weiß, beide

sich ganz in demselben logischen Falle der Affirmation und Negation befinden; ob nicht der, welcher die rothe Färbung bestreitet, die weiße aber behauptet, dadurch alle andern möglichen Farben negirt; beide Erklärungen also nach den Wahrscheinlichkeiten sich wie 1 :1 verhalten! Hier hätte man folglich erwarten dürfen, daß der geehrte Gegner zu dem Nothanker Actori incumbit probatio seine Zuflucht nehmen müsse; allein dadurch würde seiner Hauptregel freilich ein sehr großes Gebiet entzogen worden seyn!

Blicken wir nun auf die Einwendungen, welche Herr Dr. Rizy gegen die gangbarste und auch Webersche Theorie, erhoben hat, welche den Satz semper illi qui agit, necessitas probandi incumbit, adoptirt, (S. 81 — 154.), so vereinigen sie sich in dem Resultat, daß diese Theorie kein selbstständiges Princip sey, vielmehr eine völlig leere und inhaltlose Scheinregel, weil sie die Begriffe von Klagegrund, Einrede, Replik u. s. w. als schon gegeben voraussetze, diese aber weder gesetzlich bestimmt, noch an sich bestimmbar seyen und nur willkührlich von den Proceßlehrern bestimmt würden. Ihre wahre Bestimmung könnten sie nur durch das Realcriterium bejahender und verneinender Sätze erhalten, nämlich durch den Unterschied zwischen Facten und Non-Facten. Dadurch aber werde die Scheinregel auf die richtige zurückgeführt: Affirmanti, non neganti incumbit probatio.

Als Angriffs-Punkt dient dem gelehrten Gegner die von den Anhängern einer nach den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln geregelten Beweislast aufgestellte Behauptung, daß, wenn zu den Bedingungen dieser Rechtsmittel das Nichtseyn einer Thatsache gehöre, dieses Nichtseyn gleichfalls dargethan werden müsse. In einer sehr ausführlichen Erörterung sucht er nun zu zeigen (s. 99. ff.), wenn wir anders richtig verstehen, daß weder die Erzeugung, noch die Hinderung eines Rechtes, noch auch endlich die Zerstörung eines solchen in einem Nonfactum, sondern immer nur in einem Factum beruhen könne, Angriff und Gegenangriff also immer nur auf Facta basirt sey.

Zunächst müssen wir auf die obigen Bemerkungen zurückverweisen, daß es ein reelles Nichtseyn im Gebiet der Geschichte gar nicht giebt, sondern ein Seyn und Nichtseyn nur logisch nebeneinander besteht. Nehmen wir indessen den Ausdruck Factum und Nonfactum als gleichbedeutend mit Veränderung des bisherigen Zustandes und unverändertem Fortbestand desselben: so würde doch die ganze umständliche Ausführung, selbst wenn sie in allen Stücken für wahr

erkannt werden müßte, den Grundsatz: actori incumbit probatio an sich selbst nicht beseitigen, sondern ihm eben nur seinen Inhalt und seine objectiven Grenzen geben, die er allerdings haben muß und wir gleichfalls schon in dem Obigen, nur auf anderem Wege zu gewinnen versucht haben.

Indessen sind auch die Ausführungen des Verf. selbst nicht allenthalben stichhaltig und nicht selten künstliche Auswege.

So will er A. nicht gelten lassen, daß, wenn das Klagerecht von dem Nichteintritt einer Bedingung abhängig ist, der Kläger hierüber einen Beweis zu führen habe, (S. 110 f.) vielmehr soll das entgegenstehende Factum, wodurch die Bedingung defect wird, von dem Allegirenden als rechtshindernde oder rechtszerstörende Thatsache bewiesen werden, weshalb die Praxis beinahe durchgehends die Kläger von dem Beweise (des Eintrittes) solcher negativer Bedingungen enthebe. Letzteres bezweifeln wir und der Verfasser hat die angebliche beinahe durchgehende Praxis nirgends dargethan. Ließe sie sich aber auch nachweisen, so müßten wir sie als eine unrichtige Praxis erklären. Denn ein Recht, welches erst noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist, ist noch gar kein geborenes. Die Darlegung der Geburt gehört aber ganz ohne Zweifel zum Klagegrunde. Bestreitet der Beklagte, daß die negative Bedingung eingetreten sey, so kann man doch deshalb allein dem Kläger noch nicht glauben und sein Recht nicht als ein provisorisch erwiesenes erklären, bis dahin wo der Beklagte etwa das entgegenstehende Factum bewahrheitet; die Klage muß auf eigenen Füßen stehen und wahr seyn, wenn sie zugesprochen werden soll, vorzüglich nach gemeinem Proceßrecht, wornach selbst der Ungehorsam des Beklagten für kein Zugeständniß der Klage gilt. Am wenigsten darf Herr R. der Einlassung des Beklagten, daß ein Factum die negative Bedingung beseitigt habe, den Charakter einer affirmirenden geben, da ja nach seinem oben angezeigten System die verneinende Einlaßung mit Angabe entgegenstehender Facten wesentlich nur eine verneinende wäre.

Ganz anders ist es, wenn geklagt wird aus einem Rechtsgeschäft mit einer auflösenden Bedingung und zwar von demjenigen dessen Recht wegen Nichteintrittes dieser Bedingung aufrecht bleibt. Denn eben weil das Recht für ihn bisher geboren war, hat er ein Klagerecht auf die Forderung, welches ihm nur entzogen werden kann durch den Willen und die That des Gegners, indem er den Richter

überzeugt, daß die auflösende Bedingung eingetreten sey. Hier gehört also der Nichteintritt der auflösenden Bedingung allerdings nicht zum Klagegrunde.

Wenn ferner die gegentheilige Schrift (S. 127.) mehrere Fälle erwähnt, wo das Klagerecht durch ein Gesetz oder die s. g. Natur der Sache von dem Nichteintritt einer Ereignung abhängig gemacht sey, z. B. das Klagerecht des Intestaterben von dem Nichtvorhandenseyn eines giltigen Testaments, und das Klagerecht des Legatars durch eine Nichtademtio des Vermächtnisses; und wenn sie nun fortfährt: daß hier überall der Beweis des Nichteintrittes einer entgegenstehenden Ereignung vom Kläger nicht gefordert werde: so ist Letzteres ganz richtig, weil schon an und für sich dem Intestaterben und Legatar ein Forderungsrecht gegeben ist, die Verhinderung desselben aber in dem Willen, folglich auch in der Thätigkeit des Beklagten beruht, welcher sich auf ein Testament, eine Ademtio Legati u. s. w. berufen, oder aber durch die Unterlassung das Forderungsrecht bei Kräften bestehen lassen kann. Eine Bedingung des Klagerechtes an und für sich liegt darin nicht.

Die ferneren Ausführungen des Herrn Gegners: daß B. rechtshindernde Thatsachen und C. rechtszerstörende Thatsachen (unter welche Kategorien auch die so eben besprochenen angeblichen Bedingungen des Klagerechtes weit mehr gehören würden, als unter A) nur Facta, [Ereignungen im eigentlichen Sinn] seyn könnten und deshalb bewiesen werden müßten, sind zwar in Beziehung auf die ausdrücklich besprochenen Fälle ganz richtig, indem dieselben auch nach unserer Theorie auf dieselbe Art entschieden werden müssen. Allein folgt denn aus der Anzahl oder Menge der aufgeführten Beispiele: daß niemals auch die Regirung einer bestimmten Thatsache, folglich implicite die Behauptung eines andern Herganges als rechtshindernd und rechtszerstörend dienen könne und dann nicht bewiesen werden dürfe? z. B. wenn sich nun der Beklagte gegen das Klagerecht des andern auf ein Factum beruft, dessen Wirksamkeit für den Beklagten von einer negativen Bedingung abhängt?

Mit Einem Wort: der Herr Gegner hat überall nicht dargethan, daß ein klagbares oder zur Vertheidigung dienendes Rechtsverhältniß wesentlich nur in Ereignungen und niemals in der Ableugnung einer solchen bestehen könne und hiernach die Regel actori incumbit probatio eben nichts anders als die angewandte Regel adfirmanti incumbit probatio non neganti sey, wobei überdies nicht ein-

leuchtet, wie die erste Regel dennoch für gewisse Fälle subsidiäre Anwendung finde, was schon oben hervorgehoben worden ist.

Nicht glücklicher dürfte der Herr Verfasser auch in der ferneren Ausführung (S. 176. ff.) gewesen seyn, daß nämlich in den Gesetzen nirgends ein Fall vorkomme, der im Widerspruch mit der Regel der bloß affirmativen Beweislast den Beweis einer Verneinung oder eines s.g. Nonfactum verlange, um nämlich eben diese Regel gegen die aus solchen gesetzlichen Bestimmungen hergenommenen Einwürfe zu schützen. Er behauptet, nach dem Vorgange von Klötzer und Kori, in allen diesen Stellen, welche einen negativen Beweis fordern, sey entweder von einem reinen Gegenbeweise die Rede, wie in l. 13. C. de non num. pec. und in l. 15. D. de probat.; oder von einem Analogon des Gegenbeweises wider eine Vermuthung, oder endlich von dem Beweise einer nur scheinbaren Negative, welche in eine Bejahung aufzulösen sey. Allein es kommt für unsern Streit nicht darauf an, aus welchen Rücksichten der Gesetzgeber in einzelnen Fällen ausdrücklich einen negativen Beweis verlangt hat, sondern wesentlich darauf, ob er überhaupt einen solchen irgendwo für zuläßig, ja für nothwendig zum Sieg in der Sache erachtet habe, und das ist schon genug, um die Regel des Verfassers zu beseitigen, daß nur Facta, niemals Nonfacta ein Gegenstand des Vorbeweises d.h. eines unentbehrlichen Beweises um mit einem Angriff oder mit einer Vertheidigung durchzukommen, seyn könnten; genug auch, um die Anhänger der Regel actori inc. probatio in deren Anwendbarkeit auf Negationen von Thatsachen zu befestigen.

Ein noch weiteres Eingehn auf die Polemik des Herrn Dr. Rizy untersagt uns der Zweck der gegenwärtigen Bemerkungen, welche nur dazu dienen sollen, unsere fortdauernde Ueberzeugung von der Richtigkeit der Weberschen Theorie in ihrer Gruudlage darzulegen und zu gewährleisten. Dankbar empfangen wir übrigens in der oft-erwähnten Schrift die Nachweisungen der verschiedenen Schulmeinungen in den Personen und Schriften ihrer Anhänger, die sich freilich noch in's Unermeßliche erweitern ließen, desgleichen die Auseinandersetzung der Beweisregel des Oesterreichischen Proceß-Rechts (S. 203. ff.), welche allerdings der Wortfassung nach mit der Theorie des Verfassers zu harmoniren scheint, dennoch aber in neuerer Zeit von bedeutenden Oesterreichischen Rechtsgelehrten im Sinne der Regel actori incumbit probatio ausgelegt worden ist.

Indem wir uns nun von unserm Standpunct aus enthalten

müssen, auf einen uns zu entfernt liegenden particularrechtlichen Streit einzugehen, können wir andrerseits nicht umhin auf die französische durch kein Gesetz außer dem schon citirten Art. 1315 des bürgerl. Gesetzb. ausdrücklich gebundene Jurisprudenz hinzuweisen, worin, so viel wir ergründet haben, fast ohne Widerspruch das Princip der selbst negativen Beweislast angenommen ist, als der Natur der processualischen Rechtsverhältnisse entsprechend. Als eine vorzügliche Auctorität darf uns hierbei der Pariser Cassationshof dienen, welcher in einem rejectorischen Erkenntniß vom 21. Novbr. 1826. (Sirey XXVII, 1, 34.) sich in folgender Art ausgesprochen hat:

„Attendu, que l'impossibilité même de prouver ne dénature point les qualités des parties, et ne fait pas tomber sur le défendeur l'obligation d'une preuve, qui, formant la base de la demande est essentiellement à la charge du demandeur (l. 8. C. de potent.) et attendû que la preuve négative est reputée affirmative toutes les fois qu'environée, et circonscrite par des faits positifs de tems et de lieu elle résulte elle-même parfaite et complète de la seule preuve de ces faits;

Et attendu, qu'il est constant au procès, que la production dont il s'agit devait être faite dans un tems déterminé et dans un lieu déterminé c'est à dire, dans le greffe —, que dans ces circonstances, en décidant que la preuve relative à cette production devait et pouvait être faite par les demandeurs, l'arrét ne s'est pas mis en contradiction avec aucune loi: —"

Ganz im Einklang hiermit ist die Lehre von Toullier, droit civ. français t. VIII, n. 15. 1. und vieler französischer Rechtsgelehrten.

IX.

Es mögen nunmehr noch die erheblichsten Fälle summarisch aufgezählt und beleuchtet werden, wo die Anwendung der Grundsätze der Beweislast mit eigenthümlichen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, oder wo dieselben wenigstens nicht vollkommen gleichförmig angewendet werden. Dahin gehört

1. Der Beweis der Eigenthumsklage, wo es sich fragt, ob derselbe auch auf das Recht des Auctor zu richten sey, oder nicht; in Folge der besonders von Thibaut neubegründeten Ansicht gegen die strengere

Meinung *). Indeß können hierüber die Regeln der Beweislast unmittelbar nicht entscheiden, sondern nur die richtigste Ansicht von den Bedingungen des Eigenthumes, oder erweisliche Rechtsvermuthungen, an denen es jedoch, wenigstens um eine allgemeine Regel zu begründen, fehlen dürfte.

2. Der Beweis der hereditatis petitio intestati, wo man darüber streitet, ob der Petitor darthun müsse: daß kein Testament vorhanden; daß er der nächste Verwandte sey; daß keine gleich nahen Erben vorhanden? Hierüber hat sich zuletzt v. Linde a. a. O. S. 161. f. vernehmen lassen, und der Herausgeber kann den daselbst vorgetragenen Resultaten nur beistimmen.

3. Der Beweis der Servituten = Ersitzung, erörtert durch v. Seckendorf und Gensler im Arch. f. civ. Pr. IV. S. 89. f. Unterholzner ausf. Verj. Lehre, II, S. 189. und Hasse im Rheinischen Museum II. S. 364. f. Die Hauptfrage hierbei ist: Muß der confessorisch Klagende beweisen, daß er die Verjährungszeit hindurch non vi, non clam, non precario besessen habe, wie die l. 10 D. si serv. vindic. wörtlich vorzuschreiben scheint; oder genügt es, ihm den Beweis des Besitzes (oder der Ausübung des Rechtes) und zugleich die Offenkundigkeit desselben aufzulegen? wie besonders Hasse annimmt. So sehr der Herausgeber die Meisterschaft seines verstorbenen gelehrten Freundes auch in jenem Aufsatz bewährt findet, und so sehr es klar ist, daß die von ihm angegebene Beweisauflage die juristischen Bedingungen der Servitutenersitzung vollkommen ausdrückt, so kann er sich doch nicht davon überzeugen, daß die gesetzliche verbale Beweisauflage mit allen ihren Negativen unpassend sey, und die Befürchtungen am Schlusse des Aufsatzes sind wohl nicht geeignet, davon abzuhalten. Das Gesetz verlangt einmal ein bestimmtes Resultat des Beweises, und der Petitor muß es als beweispflichtiger Theil liefern, auch sind die Schwierigkeiten dabei gar nicht so groß, wie man sie sich oft denkt. Unstreitig kann jedoch die negative Form der Beweisauflage in eine bejahende umgewandelt werden; ja es möchte dafür schon genügen, den Beweis zu fordern: daß Kläger zehn= oder zwanzig Jahr hindurch den Durchgang oder

*) Die Literatur s. b. Mühlenbruch Doct. Pand. §. 276. Note 4. Dazu auch B. Hollweg S. 360. Sollte aber nicht gegen dessen Ansicht das S. 353. eben das. Gesagte streiten?

dergl. als ein Recht seines Grundstückes entweder selbst oder durch zuläßige Vertreter ausgeübt habe.

4. Der Beweis der Negatorienklage bei Servituten. — Indem zuförderst auf die oben S. 184. f. schon gemachte Anmerkung Bezug genommen wird, möge Folgendes aus der Ueberzeugung des Herausgebers hinzugefügt werden: a. die Negatorienklage ist eine Anwendung der Eigenthumsklage gegen die reale Negation des Eigenthums in seiner Unbeschränktheit. d. Unleugbar ist zwar, daß die Negatorienklage die Intentio hatte: si paret A. A. jus non esse etc. (Theophilus IV, §. 6, s. 126. 127. zum Theil auch Gai. Comm. IV, §. 3.); und eben so unleugbar ist, daß die Beweislast nach Maasgabe der Parteirollen an und für sich bei dem Kläger sey. Daraus folgt aber nicht, daß der Kläger auch einen directen speciellen Beweis über die Nichtexistenz der Servitut führen müsse; nur über sein eigenes vollkommenes Recht hat der Beweispflichtige Rechenschaft zu geben *), denn die Negatorienklage löst sich nach Theophilus richtiger Bemerkung (a. a. O. n. 130. 131.) in die confessorische Intentio auf: „εἰ φαίνεται ἐλεύθερον δουλείας ἢ [usufructu] τὸν ἐμὸν εἶναι ἀγρόν.“ Es muß also genügen, wenn der negatorisch Klagende die Regel für sich bewährt, nämlich die Erwerbung des Eigenthums ohne Beifügung einer Dienstbeschränkung; das Nichtseyn einer Modification desselben gegen seinen vollen regelmäßigen Begriff kann er nach den obigen Sätzen darzuthun nicht schuldig seyn, vielmehr gehört der Beweis der Modification zu den Vertheidigungsgründen des Gegners **). Die l. 15 D. de O. N. N. enthält nach richtiger Analyse keine Beschränkung des Gegentheils, so wenig als l. 8. §. 8. D. si serv. vind., da sie nur über die Beweispflicht nach der Parteirolle, nicht über die objective Ausdehnung derselben entscheidet. Nur in sofern als die Vertheidigung des Beklagten besondere Replicationen nach sich zieht, kann von einer Erweiterung des Beweissatzes die Rede seyn und z. B. der Beweis der Erlöschung einer erweislich constituirt gewesenen Dienstbarkeit durch Nichtgebrauch nöthig werden.

Welche Meinungsverschiedenheit übrigens noch jetzt unter den

---

*) L. 5. pr. D. si ususfr. „de suo, non de alieno jure quemque agere oportet“.

**) S. auch B. Hollweg S. 374.

Juristen hinsichtlich dieser Streitfrage besteht, ist bekannt genug. Sie lassen sich unter folgende Rubriken bringen *).

Nach der Einen Meinung liegt dem Kläger unter allen Umständen der Beweis ob, wobei denn Manche sich über den eigentlichen Inhalt seines Klagefundamentes und Beweisthemas gar nicht näher erklären, wie es z. B. auch unser Verfasser in den schon vorgekommenen Stellen nicht gethan hat, während Schweppe im Röm. Privatrechte §. 314. ihn in dem Nichtseyn der Servitut (vgl. Collmann a. a. O. S. 12.) Andre aber in der Bedeutung und Nachweisung des Eigenthums finden, dergestalt, daß mit der Letzteren zugleich auch die Negatorienklage bis zum Gegenbeweise des Beklagten vollführt sey. Diese Ansicht zählt gegenwärtig ohne Zweifel die meisten Anhänger (z. B. Mühlenbruch, in der schon angeführten Stelle, Puchta im Rhein. Mus. I, 165. Pandecten §. 172. J. C. Rauschenplatt de onere probandi in negat. actione, Goett. 1830.) und ist nach dem Obigen auch die unsere.

Einer zweiten Meinung zufolge hat der Beklagte allemahl zu beweisen, daß ihm die Dienstbarkeit zustehe, ohne Rücksicht darauf, ob er bisher schon dieselbe ausgeübt habe oder nicht. Dafür entschieden sich meist die Aelteren und in neuerer Zeit noch Hufeland Beitr. IV, 10. sowie, zum Theil aus sehr verschiedenem Grunde Klötzer, z. Bericht. d. Lehre v. d. Beweislast. S. 83. f. Kori im Arch. f. civ. Praxis VIII, S. 98. Rob. Jul. Vollsack de onere probandi in actione negat., Lips. 1829. Bei dieser Annahme wird natürlich auch der Beweis des Eigenthums von Seiten des Klägers, wenigstens durch Incidentbescheinigung, soweit vorausgesetzt, als zur activen Legitimation zur Sache dienet, wiewohl sich nicht Alle so bestimmt hierfür aussprechen. Offenbar ist diese Lehre von der vorerwähnten im practischen Resultat nicht sehr weit entfernt und eigentlich die Vorläuferin der Letztern, wie unter andern schon Borst Beweislast §. 84. und Mackeldey Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 293 a. E. angedeutet haben. Wohl aber im Princip und dann freilich auch in manchen Consequenzen, wenn man es streng nimmt. Denn es ist ganz etwas Anderes, ob der Beweis des Eigenthumes Hauptbeweis, der Beweis der Dienstbarkeit aber directer Gegenbeweis sey, oder ob beides verschiedene Hauptbeweisführungen

*) Vrgl. Mühlenbruch Doct. Pand. II, §. 396. not. 18. f.

mit Zuläßigkeit eines Gegenbeweises wider jede seien, oder endlich ob das Eigenthum gar nur zu bescheinigen sey, der eigentliche Sachbeweis dagegen in dem Beweise der Dienstbarkeit bestehe.

Einer dritten Meinung endlich zufolge, die von Pfeiffer in s. vermischten Aufsätzen Marb. 1803 S. 205. und von Thibaut Pandektenr. §. 625. besonders vertheidigt worden ist, in neuester Zeit von Samhaber, in v. Linde u. Marezoll Zeitschrift XVIII, 133. f., soll, nachdem sich der Kläger als Eigenthümer legitimirt hat, der Beklagte alsdann vom Beweise der Dienstbarkeit frei seyn, wenn er sich im ordentlichen Besitz derselben befindet und fast auf ähnliche Weise glaubt v. Linde, in s. und Marezolls Zeitschr. I, 156. f., daß der Kläger regelmäßig den Beweis des Nichtseyns der Servitut führen muß, wenn er sich nicht im Besitz der Freiheit von derselben befindet, worüber man jedoch eine nähere Erklärung vermißt. Glück endlich (im Pandekten-Commentar X, §. 687.) hält dafür, daß der Beklagte alsdann vom Beweise der Servitut befreit sey, wenn er bereits durch richterliches Erkenntniß im Besitze derselben geschützt worden ist.

Gewiß würde man über die ganze Streitfrage früher zu einer Einigung gelangt seyn, wenn man bei der Beweislast nicht blos an die Parteirollen, sondern auch an den Inhalt und die Begrenzung des Stoffes gedacht hätte. Was aber das Gewicht betrifft, welches Manche auf den Quasibesitz des Beklagten legen, so kann solcher ihn wenigstens nicht vom Gegenbeweise gegen den schon geführten Eigenthumsbeweis, der zugleich den Bestand einer Servitut ausschließt, entbinden. Indessen bedarf es eines näheren Eingehens auf diese Streitpuncte um so weniger, als sie bereits von J. P. Eßer über die Beweislast bei den Servituten-Klagen, Trier 1826. und von Mittermaier im Arch. f. civ. Praxis Bd. XIX, Nro. XI auf befriedigende Weise und im Wesentlichen in unserem Sinne beleuchtet und beseitigt sind.

5. Eine eigenthümliche Schwierigkeit hat die Bestimmung der Beweislast bei Alimentationsklagen, ob nämlich hierzu auch der Beweis der eigenen Vermögenslosigkeit des Klägers erforderlich sey, oder vielmehr der Beweis, daß Kläger sich selbst ernähren könne, zur Vertheidigung des Beklagten gehöre*)? Uns will schei-

---

*) Erörterungen darüber s. von Hoffmann u. Schulz III. in v. Linde und Marezoll Zeitschr. XVI, Nro. 4 und XVIII. Nro. 4.

nen, daß kein gleichförmiges Princip für alle Fälle aufgestellt werden könne, vielmehr zu unterscheiden sey, ob der Kläger sich bereits in einem solchen Alter und körperlicher und geistiger Entwickelung befindet, daß er sich selbst erhalten könnte, wenn er nur wollte, — und dann muß er beweisen, daß er dennoch daran verhindert sey; oder ob seine Umstände nicht von jener Beschaffenheit sind d. i. der Voraussetzung eigener Arbeitsfähigkeit nicht entsprechen: dann wird es an den Beklagten seyn einen Grund ihrer Befreiung von der Alimentationspflicht darzuthun *). Uebrigens darf man nicht vergessen, daß wenigstens im Gemeinen Recht dergleichen Streitigkeiten mehr zur polizeilichen Cognition des Richters als zur eigentlichen richterlichen Entscheidung gehören **).

6. Bei den Condictionen ist die Beweislast hinsichtlich der condictio mutui, und der ihr entgesetzten exc. non n. p. klar entschieden, eben so bei der cond. indebiti. Auch muß der Kläger bei jeder condictio sine causa das Nichtseyn einer obligatio beweisen***). Schwierigkeiten lassen sich erheben a. bei der condictio ob causam datorum; b. bei der Condiction von Etwas sub modo Geschenktem oder Legirtem; c. bei der Klage aus der lex commissoria. Hier behauptet B. Hollweg überall: der Kläger habe zur Begründung des Anspruchs zu a. das Nichteintreten der causa futura, zu b. die Nichterfüllung des Zweckes, zu c. die Nichterfüllung der Contractsverbindlichkeit zu beweisen. Der Herausgeber kann sich nicht davon überzeugen; er glaubt, daß in allen diesen Fällen der Kläger so wenig die Nichtbefreiung des Gegners zu beweisen habe, als bei den auf Erfüllung eines Contractes gerichteten Klagen. Im ersten Falle ist eine obligatio des Beklagten, sein dare oportere schon durch die ursprüngliche datio auf einen künftigen Fall wesentlich und wirklich begründet, wenn nicht die causa futura eintritt. Behauptet er die Aufhebung der obligatio durch diesen Eintritt, so muß er sie nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislast darthun. Eben so verhält es sich im zweiten Fall. In keinem von beiden hat der Kläger sein Recht auch auf das Gegebene schon völlig aus der Hand gegeben.

---

*) L. 5. §. 7. D. de agnosc. et al. lib. „sed si filius possit se exhibere, aestimare judices debent ne non debeant ei alimenta decernere". Vrgl. L. 13. C. de alend. lib.

**) Puggé im Rhein. Mus. III, S. 569.

***) Vrgl. hierzu Archiv f. civ. Prax. II, 284.

Im dritten ist zu erwägen, daß die lex commissoria ein pactum emtioni venditioni adiectum ist; es erzeugt aber keine eigenthümliche Klage, sondern es modificirt die ordentliche Contractsklage nur auf eine eigenthümliche Weise (format actionum, wie es in l. 7. §. 5. D. de pactis heißt), ohne die Natur der Contractsklage selbst zu verändern. Wenn nun bei dieser nicht nöthig ist, die Nichterfüllung der obligatio von Seiten des Gegners zu beweisen, so kann man es auch nicht in Bezug auf die lex commissoria für nöthig halten; die lex commissoria ist so lange wirksam, als sich der Schuldner nicht von der Contractsverbindlichkeit (wenigstens bis auf einen gewissen Punkt) befreit hat, was er beweisen muß. —

Hinsichtlich der Einreden der Beklagten heben wir Folgendes hervor.

1. Sehr viele der heut zu Tage als dilatorische Exceptionen vorgetragenen Einreden haben das an sich, daß sie oft nur die Ableugnung von Etwas dem Gegner Obliegenden enthalten und nur zuweilen wahre selbstständige, folglich vom Beklagten zu erweisende Exceptionen sind. Dieß hat also der Richter sorgfältig zu berücksichtigen. So ist Beispielsweise die exceptio deficientis legitimationis ad processum nur die Ableugnung eines Theiles des Klageanbringens, wenn behauptet wird, der Anwalt des Gegners sey gar nicht, oder nicht gehörig legitimirt. Denn es gehört zu den äußeren Bedingungen seiner Zulassung mit der Klage, daß er sich legitimire. Dagegen ist es eine wahre exceptio (procuratoria) wenn behauptet wird, der aufgetretene Sachwalter sey gar nicht befugt, eine Anwaltschaft zu übernehmen, oder der Gegner nicht, eine solche zu ertheilen. Nur hierauf geht die Verfügung in l. 19. §. 2. D. de probat., welche wieder mit dem Grundsatze in l. 5. pr. eod. zusammenhängt. Eben so ist die exceptio deficientis legitimationis ad causam meist nur eine Ableugnung dessen, was zur Mitbegründung der Klage gehört; und nur die exceptio plurium litis consortium, sofern sie überhaupt anwendbar ist *), würde, unter jenem Gewande vorgetragen, dem Beklagten den Beweis aufbürden. Die exceptio oder praescriptio fori ist dagegen der Regel nach immer eine wahre exceptio. Der Kläger hat die Regel für sich, daß jedes Gericht des

---

*) Vergl. z. B. des Herausg. Just. d. Civ.=Pr. S. 76. Note 50. 51. (System d. Civ.=Pr. §. 111.)

Landes, wenn es nach den Gesetzen auch nur einen Zweig der Civilgerichtsbarkeit hat, und nicht nach der speciellen Vorschrift der Gesetze absolut incompetent ist, eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit entscheiden kann; jeder muß auch auf Erfordern des Richters die Befreiung von dessen Jurisdiction nachweisen *); also hat der Beklagte den Grund der Incompetenz, die Ausnahme von der Regel darzuthun.

2. Unter den, die Sache selbst treffenden Einreden der Beklagten dürften wohl nur folgende zwei die Aufmerksamkeit besonders auf sich ziehn, nämlich die exceptio legis Anastasianae und die e. non adimpleti contractus. Von der ersteren ist jedoch schon oben VI, 29 das Nöthige angemerkt; die vollständige Erledigung des über die Beweislast dabei obwaltenden Streites hängt vorzüglich von der richtigen Erklärung des Verhältnisses ab, in welchem Justinian's spätere Verordnungen zu der Anastasianischen Constitution stehen, eine Aufgabe, der wir uns hier nicht unterziehen können **). Was aber die Einrede des nicht erfüllten Contracts betrifft, so muß sich der Herausgeber fortwährend in der Hauptsache zu Heerwarts in neuester Zeit vorgetragener Meinung von der rechtlichen Natur dieser Einrede bekennen ***), die im Allgemeinen darauf hinausgeht: a. mit der Perfection eines Vertrags ist regelmäßig auch die Klagbarkeit der übernommenen Verbindlichkeiten begründet. b. Eine Befreiung davon oder Modification derselben gehört zu den Einreden des Beklagten. Als solche wird, bei gegenseitigen Obligationen auch die e. n. i. c. zwar nicht dem Namen, wohl aber ihren Gründen nach †) in den Rechtsquellen mehrfach anerkannt. Bei den judiciis b. f. fiel sie jedenfalls unter den Begriff der exceptio doli quae b. f. judi-

---

*) L. 2. §. 6. u. l. 5. D. de judic. l. 2. pr. D. si quis in jus voc. n. ierit. Vrgl. des Herausg. Inst. S. 145. Note 41. 42. u. S. 156. (System §. 165.) Weiske Rechtslex. III. 721.

**) Vrgl. indeß Heimbach in Weiske Rechtslex. a. a. O. S. 702. f.

***) Ebenso B. Hollweg a. a. O. 344.

†) S. namentlich noch Heimbach a. a. O. S. 702. Daß man nicht bei den vereinzelten Bestimmungen des Röm. Rechtes und deren ursprünglicher Anwendung stehn bleiben konnte, liegt zum Theil in der Veränderung des Actionenrechtes, namentlich in dem Grundsatz des gemeinen deutschen Rechtes, daß man stricte die Erfüllung eines Vertrages verlangen kann, natürlich aber auch selbst dabei stehen bleiben muß, und keineswegs wegen vorenthaltener Erfüllung sofort auf das Interesse klagen kann.

ciis tacite inesse putabatur. c. So wenig aber der Kläger die Nichterfüllung der obligatio zur Begründung seiner Klage darzuthun hat, so wenig hat dies der Beklagte zur Begründung seiner exceptischen Gegenforderung nöthig, wenn diese nur selbst nachgewiesen ist. d. Der Kläger muß also allerdings, um mit der Klage durchzukommen, die seinerseits erfolgte Erfüllung beweisen; aber es gehört solches nicht zum Klagegrund, sondern zur Zerstörung der exceptio und er kann also nicht von vorn herein abgewiesen werden, wenn er auch die Erfüllung des Contracts von seiner Seite in der Klage nicht allegirt haben sollte. e. Es ist auch kein Unterschied zwischen der exc. non adimpleti, und non rite impleti contractus; das Verhältniß ist hierbei ganz dasselbe. Nur kann in Betreff der dem Beklagten an sich obliegenden Beweislast derselbe nicht dabei stehen bleiben, darzuthun, was ihm von dem Kläger vertragsmäßig geleistet werden sollte, wie bei der Einrede des überhaupt nicht erfüllten Contractes hinreichen wird; sondern er muß nun natürlicher Weise auch an den ihm bereits Geleisteten darthun, daß, und in wie weit es dem Vertrage nicht entspricht. — Beide Einreden haben übrigens an und für sich nur eine verzögerliche Wirkung; ganz verschieden, wenn auch in der Beweislast congruent, ist die Einrede von Gewährsmängeln.

X.

Bis hieher haben wir die Lehre von der Beweislast in ihren wesentlichsten Momenten verfolgt und es sind nur noch der Vollständigkeit wegen einige Nebenpuncte zn erörtern.

Der eine betrifft die Veränderungen und Modificationen der Beweislast aus besondern gesetzlichen oder natürlichen Gründen. Eine Befreiung von der Beweislast kann nämlich Beziehungsweise bewirkt werden

1. durch Rechtsvermuthungen, versteht sich nur in Ansehung desjenigen Theils der realen Beweislast, welchen die Gesetze durch die Vermuthung für ausgemacht erklären, und unter der Bedingung, daß die factischen Voraussetzungen, woran sich die Vermuthung knüpfen soll, bereits durch Beweis hergestellt sind; endlich unter Vorbehalt des Gegenbeweises, wenn dieser nicht physisch oder durch das

Gesetz abgeschnitten seyn sollte *). Hierbei macht sich nun die Frage geltend, ob nicht derjenige, der die Rechtsvermuthung für sich hat, wider den dem Gegner offenstehenden Beweis des Unzutreffenden der Rechtsvermuthung in concreto auch noch einen Gegenbeweis zu seinem Schutz führen könne. Nach dem allgemeinen Princip des Gegenbeweises **) wird sich dieß nicht leugnen lassen; die Regel: reprobatio reprobationis non datur leidet hier keine Anwendung; denn die Vermuthung vertritt zwar gewissermaßen die Stelle des Beweises, aber sie ist keine Beweisführung an sich, und Rechtsgleichheit oder Billigkeit muß hier dem Vermuthungshaber noch einen Gegenbeweis zugestehen***). Im Uebrigen ist rücksichtlich der Lehre von den Vermuthungen hier nichts weiter zu sagen oder zu berichtigen, da man über die Hauptsache in der Theorie einverstanden ist. Weber hat vornehmlich das Verdienst sich erworben, vielen vermeintlichen Rechtsvermuthungen die Larve abgezogen zu haben; er hat im Allgemeinen vorsichtig gemacht gegen Vieles, was vormals unbedenkich als Präsumtion zugelassen ward; hingegen ist dadurch, daß er manche in eine ganz andere Form bringen will, nichts gewonnen; wenn er z. B., anstatt die Vermuthung für die rechtmäßige Erwerbung eines Besitzstandes gelten zu lassen, den Satz aufstellt: Es wird nicht vermuthet, daß der Besitz unrechtmäßig erworben sey (V, §. 9); wie viel weniger liegt denn wohl in dieser Formel, als in der gemeinen? Sollte sie an sich weniger vom Beweise befreien, als die gemeine, wenn diese überhaupt begründet wäre. †)? Unser Verfasser scheint sich die Sache nicht völlig klar gemacht zu haben, wie schon Klötzer, Vers. z. Bericht. d. Lehre v. d. Beweislast S. 25. f. richtig bemerkt hat. Die einfache Wahrheit ist: wo keine Rechtsvermuthung in den Gesetzen anerkannt und nachzuweisen ist, da ist auch der Richter weder berechtigt noch verpflichtet, Etwas von Rechtswegen zu vermuthen; es bleibt bei den allgemeinen Regeln des Beweises und der

*) Vrgl. hierüber Collmann S. 85 f.

**) Linde Abhandl. aus dem Civil-Pr. I. S. 60.

***) Vergl. denselben ebendaselbst. S. 71. f.

†) Man vergl. oben VI, §. 31. a E. „Zur Begründung jener Beweispflicht genügt es vielmehr schon: daß die Ungültigkeit eines Geschäfts nicht zu vermuthen ist, woraus denn von selbst folgt, daß, wer als petitor dagegen auftritt, die Ungültigkeit beweisen muß.“ Also das Nicht zu vermuthen sein erzeugte doch wirklich die Beweispflicht! Gewiß hat der Verfasser das nicht gewollt!

Beweislast. — Eine Befreiung von der letzteren kann aber ferner beziehungsweise hervorgebracht werden

2. durch Geständnisse des Gegners, weil dadurch ein Punkt unter den Parteien außer Streit gesetzt wird und nur noch davon die Rede seyn kann, in wie fern der Gestehende gegen sein eigenes Geständniß noch mit einem Beweise des Gegentheils gehört werden dürfe. Unser Verfasser hat sich darüber befriedigend ausgesprochen (IV. §. 7. Drittens S. 38 f.) und nur über die ganze Art und Weise, wie derselbe die Lehre vom Geständniß behandelt hat, so wie über das sogenannte qualificirte Geständniß sind hier einige Nachträge zu geben.

Was den ersten Punct betrifft, so hat der Verfasser die Lehre nicht nach den Quellen des gemeinen Rechts selbst behandelt, sondern aus der Natur der Sache zu schöpfen gesucht, und nur beiläufig auf die Quellen Bezug genommen, weil er dieselben für unvollständig, zum Theil nicht mehr für anwendbar hielt. Auf gleiche Weise ist ungefähr Gönner damit verfahren. Und selbst B. Hollweg, obgleich er den Inhalt der Quellen klar durchschaut und offen gelegt hat, ist in seiner vierten Abhandlung in den Versuchen über Civil-Proceß der Meinung, daß schon die Compilatoren des Justinianischen Rechts bei dieser Materie die ältern Quellen dem neuern Recht nicht recht angepaßt hätten (S. 288), ja daß nach der Art der Fortbildung, welche die Lehre im canonischen Rechte, in der späteren Theorie und Praxis erfahren habe, wir durchaus an den historisch gegebenen Stoff der gemeinen Rechte nicht gebunden, sondern lediglich auf die Natur der Sache gewiesen seyen. Der Herausgeber hat von jeher hierüber eine andere Ansicht gehabt, und er findet sich darin theils durch Linde in der neuesten Ausgabe des Civil-Processes §. 256, theils durch Baiers Vorträge über den gem. ordentl. Proc. S. 302. f. bestärkt. Ihm scheint, daß die in den einmal angenommenen Rechtsquellen vorbefindlichen Grundsätze über das Geständniß, wenn sie mit der Form und dem Geiste unsers gerichtlichen Verfahrens noch vereinbarlich sind, bei Weitem den Vorzug vor einer selbstgemachten Theorie verdienen, vorzüglich wenn jene selbst nicht rein willkührlich, sondern auch der Natur der Sache angemessen sind. Denn der Beweis der Nichtaufnahme des römischen und canonischen Rechts in diesem Stücke kann schwerlich geführt werden. Ueberall nahmen die ältern Proceßualisten darauf Rücksicht. Freilich haben sie sich dabei großer Mißverständnisse aus Mangel

an historischen Rechtskenntnissen schuldig gemacht; dieß könnte jedoch nur zu einer Berichtigung auffordern, nicht aber berechtigen, eine ganz neue Theorie für das Bedürfniß der Praxis aus der Natur der Sache zu abstrahiren. Auch haben selbst diejenigen, die dieß in neuerer Zeit versuchten, wenigstens für einzelne Behauptungen immer einen Haltpunct in den positiven Quellen gesucht.

So viel nun, als das Verhältniß dieser besondern Lehre zu dem eigentlichen Gegenstande unsrer Betrachtung erlaubt, soll hier eine kurze Darstellung des anwendbaren positiven Rechts gegeben werden.

Zuvörderst tritt uns der schon natürlich begründete Unterschied des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses bedeutungsvoll entgegen. Nur über jene Art enthalten die Quellen nähere zusammenhängende Vorschriften, von der letzteren reden sie sehr beiläufig, beinahe nur in Bezug auf den Urkundenbeweis. Von diesem Unterschied ist also auch quellenmäßig auszugehen.

Bei dem gerichtlichen Partei-Geständniß kommt es nun in großen Betracht, ob es in demselben Proceß, in eodem judicio, oder aber in einem andern Proceß abgelegt worden ist. Das allgemein Characteristische eines proceßualischen gerichtlichen Geständnisses ist jedoch dieses: Wer vor Gericht seinem Gegner ein demselben vortheilhaftes Geständniß macht, legt dadurch an den Tag, daß er über den Inhalt desselben keinen Streit erregen wolle, und unterwirft sich natürlich hierdurch den daraus entstehenden Folgen. Der Richter hat bloß über dasjenige zu entscheiden, worüber Streit ist; das Unbestrittene nimmt er für ausgemacht an. Judicio contrahitur; das Geständniß ist eine Convention über den Beweis; an ihrer Ernstlichkeit und Absichtlichkeit ist nicht zu zweifeln; der Richter kann und muß sich also daran halten und nur in den wenigen Fällen, wofür sich eine besondere Pflicht des Richters nachweisen läßt, die Wahrheit einer Thatsache auch abgesehen von den Angaben der Parteien zu prüfen, würde er davon abgehen dürfen. *)

Im Einzelnen müssen wir demnächst in den Gesetzen folgende Fälle unterscheiden:

I. Unter den Geständnissen in eodem judicio

a. die confessio in jure. Diese hat zwar ihren Namen von einer Form der Ablegung, die zur Zeit Justinians nicht mehr be-

---

*) C. 5. X. de eo qui cognov. Vergl. übrigens Spangenb. Fortsetz. v. Hagemanns pract. Erört. 1, S. 392 f.

stand; aber sie kommt doch auch noch im Justinianischen Recht abgesondert und mit eigenthümlichen Rechtsbestimmungen vor; was war sie also da? Nichts Anderes, als die Einräumung des ganzen Klageanspruches. Diese hebt auch noch im Justinianischen Recht jede weitere Streitverhandlung auf — vorausgesetzt, daß sie gehörig bestimmt ist. Der Kläger kann daraus die Execution nachsuchen *), wozu es natürlich immer eines Decretes bedarf und wobei der Richter noch eine billige Zahlungsfrist zugestehen kann. L. 21. D. de judic. Nach der neueren Praxis geschieht dieses allerdings in Form eines Urtheils **). Aber worin unterscheidet sich solches Urtheil von dem Decret des römischen Richters? Was ist dabei noch zu urtheilen, was sich nicht ganz von selbst verstünde? Ein Streit ist gar nicht vorhanden.

b. Zugeständnisse einzelner Puncte. Diese erklärt das römische Recht (l. 1. §. 1. D. interrogat. act.) im Allgemeinen für zulänglichen Beweis***), und dieß folgt von selbst aus der schon oben bezeichneten characteristischen Natur der gerichtlichen Partei-Erklärungen. Ein ganz besonderes Gewicht legt aber das röm. Recht, auch noch das neueste, auf diejenigen Zugeständnisse, welche auf specielle Fragen (ehemals interrogationes in jure) bei dem Richter abgelegt sind. Und der Grund hiervon liegt nahe. Dasselbe kann und muß auch bei den neueren Positionen und überhaupt dann gelten, wenn der Richter bestimmte Erklärungen fordert.

Zur Form eines gültigen gerichtlichen Geständnisses gehört weiter nichts, als eine bestimmte deutliche Erklärung vor dem Richter, die nach unserm Proceß selbstverstanden actlich gemacht werden muß. Schwierigkeiten können nur darüber erhoben werden, ob zur Gültigkeit einer confessio in jure Anwesenheit des Gegners gehöre, und ob auch ein Procurator eine solche ohne Specialvollmacht abgeben könne; Beides ist aber ohne Zweifel zu verneinen, Jenes nach der jetzigen Beschaffenheit des Processes, indem es hier selten zur Anwesenheit beider Theile kommt und es genügen muß, daß die Erklä-

---

*) S. der Kürze halber Instit. des Civ.-Pr. S. 92. 187. (Syst. §. 131.) vorzüglich l. 31. D. de re iud.

**) Der preußische Proceß hat dafür bekanntlich die besondere Form eines s. g. Agnitionsresoluts. Der französische Richter ertheilt Act über die Anerkennung. S. übr. auch Maurer altgerm. Gerichtsverf. §. 52.

***) Instit. S. 186. (System §. 224.)

rung durch einen ordentlichen Proceßact abgelegt sey; Letzteres weil eine gewöhnliche Proceßvollmacht nur auf Führung eines Rechtsstreites geht, und also nicht zur Aufhebung desselben autorisiren kann. Ganz entschieden ist das hiermit übereinstimmende römische Recht in l. 6. §. 4. D. de confess. *)

Wegen der inneren Bedingungen und der Zurücknahme eines gerichtlichen Geständnisses kann im Allgemeinen auf das vom Verf. Gesagte Bezug genommen werden **). Wenn übrigens das canonische Recht nur von confessiones in jure redet, und darunter, gleich den älteren Processualisten, alle gerichtlichen Geständnisse ohne Unterschied zu begreifen scheint, so ist das wohl kein Grund gegen die Anwendbarkeit des römischen Rechtes; doch kann man gern zugeben, daß bis auf Weniges, der eigentlichen confessio in jure ganz allein Eigenthümliches, die gerichtlichen Geständnisse aller Arten auf denselben Principien beruhen und im Wesentlichen gleiche Bedeutung haben.

II. Geständnisse, die nicht in eodem judicio, sondern entweder in einem anderen Processe oder bei andern Gelegenheiten abgelegt sind, können an sich nie den gerichtlichen in eodem judicio gleichgestellt werden, denn es läßt sich bei ihnen keine conventio für den gegenwärtigen Proceß annehmen. Sie dürfen also nur als Selbstzeugnisse des Gestehenden in Betracht kommen, und was zur Glaubwürdigkeit derselben gehört, kann vornehmlich nur aus der Natur eines Selbstzeugnisses abgeleitet werden, nämlich die Bedingung der Ernstlichkeit, Absichtlichkeit und wohl auch Dispositionsfähigkeit. Von einer formellen Beweiskraft ist hier überall nicht die Rede, ausgenommen in sofern ihnen eine solche durch die urkundliche Form nach den Grundsätzen des Urkundenbeweises über gewisse Rechtsgeschäfte gegeben wird. Von dem c. 4. X. de judic., welches die Competenz des Richters zur Gültigkeit eines Geständnisses zu erfordern scheint, wird übrigens im Civilforum kein Gebrauch zu machen seyn, da es blos die Frage entscheidet, ob ein vor dem incompetenten Richter abgelegtes Geständniß zu einer Strafverurtheilung hinreiche; auch ist daselbst von einem absolut incompetenten Richter die Rede.

Dieß möge genügen, um wiederholt auf das immer noch zu be-

---

*) Instit. S. 187, f. (System §. 225. Not. 37.)

**) Vergl. des Herausg. System des Civilpr. §. 225.

achtende Ergebniß der Quellen des gemeinen Rechtes in dem jetzigen Proceß aufmerksam zu machen.

Was schließlich das s. g. qualificirte Geständniß betrifft, so bekennt sich der Herausgeber ganz zu den vom Verf. VI. §. 42. vorgetragenen Ansichten, womit auch der größeste Theil der neueren Bearbeiter dieser Lehre übereinstimmt. Ein mit der gegenseitigen Rechtsbegründung nicht vollkommen zusammentreffendes Geständniß ist entweder die Ableugnung des vom Gegner behaupteten und an sich zu beweisenden wesentlichen Zusammenhanges: dann bleibt dem Gegner noch immer die Beweislast, wie z. B. wenn zwar die Contractschließung zugegeben, jedoch behauptet wird, daß sie unter einer nicht eingetretenen Bedingung erfolgt sey; oder es werden dem Geständniß Behauptungen von Thatsachen eingestreut, über welche der Gegner nach den Grundsätzen der Beweislast keine Rechenschaft zu geben hat, die vielmehr zu den Einreden des Confitenten gehören und dann liegt diesem der Beweis ob. Eine besondere Beleuchtung verdiente vielleicht noch die Frage, nach welcher Regel zu entscheiden sey, wenn der Beklagte die Abschließung eines Contractes zugesteht, jedoch behauptet, daß die obligatio durch den Eintritt einer gleich Anfangs beigefügten conditio resolutiva wieder aufgehoben sey. Dieser Fall ist vielleicht einer der intricatesten*). Indessen glaubt der Herausgeber, daß dem Beklagten der Beweis über die beigefügte Resolutiv-Clausel aufzulegen sey, indem der letztere sich hier auf ein besonderes Factum beruft, wodurch eine wirklich schon entstandene obligatio wieder aufgehoben seyn soll. Ganz anders ist es bei der Behauptung einer Suspensivbedingung. Denn Erfüllung oder Eintritt derselben gehört wesentlich zur Entstehung der Obligatio; wer sich also auf eine solche Bedingung und ihren Nichteintritt beruft, der leugnet die Entstehung der Obligatio selbst, was sich bei der Resolutivbedingung nicht sagen läßt.

Andere Ausnahmen und Befreiungen von der Beweislast hat der Verf. noch in §. 46. aufgezählt, wobei wir uns nicht aufhalten wollen. Dagegen ließe sich noch fragen, ob etwa in den höheren Instanzen sich die Beweislast ändere, und z. B. dem Apellanten, der ja ebenfalls wieder als actor anzusehen ist, die Beweislast nunmehr zunächst obliege? Ohne Zweifel wird dieses auch anzunehmen seyn, wenn die Beschwerden nur durch neue Thatsachen gerechtfertigt wer-

---

*) Ein, den Streitpunkt jedoch nicht scharf berührendes Präjudicium befindet sich in v. Nettelbladts Entsch. d. O. A. G. zu Parchim. I, No. 42.

den können; handelt es sich aber nur um dasjenige, was schon in voriger Instanz den status causae formirte, so kann die damals begründete Beweispflicht nicht wohl geändert seyn. Eben so vermag weder Beweis=Anticipation, noch freiwillige Uebernahme eines Beweises über Puncte, worüber eigentlich der Gegner zuerst einen Beweis zu erbringen hätte, nach richtiger Meinung den eigentlich Beweispflichtigen seiner Last und des davon abhängigen Risico zu entbinden. Die von Gönner Handb. d. Proc. II, Nr. 40. §. 6. dagegen angeführten Gründe beweisen dieses keineswegs *), nur versteht sich von selbst, daß, wer den Anspruch des Gegners hätte erwarten können, nichts desto weniger aber als Kläger auftritt, damit auch zugleich die Beweislast und Gefahr der Sache übernimmt.

XI.

Ein letzter, von unserm Verf. fast gar nicht berührter, Punct ist: Welchen Einfluß hat die Beweislast überhaupt auf den Ausgang des Rechtsstreites? Im Allgemeinen entscheidet hierüber freilich die Regel: actore non probante reus absolvitur; indeß sind folgende Fälle einer Erwähnung werth.

1. Es kann geschehen, das der beweispflichtige Theil selbst nichts beweiset, aber sein Recht durch den eignen Gegenbeweis des Andern vollkommen ins Klare gesetzt wird. Man ist wohl im Ganzen der Meinung, daß der actor zur Vervollständigung und Ergänzung eines mangelhaften Beweises auf den Inhalt des Gegenbeweises sich mit berufen könne, dagegen scheint man zu leugnen, daß er den obliegenden Beweis ganz aus dem Gegenbeweise hernehmen dürfe *). Dem Herausgeber will dieß nicht einleuchten. Steht der Grundsatz fest, wie man wohl annehmen darf, daß die Beweismittel durch Production gemeinschaftlich werden; soll der Richter urtheilen ex fide eorum quae probabuntur (l. 6. §. 1. D. de off. praes.); ist er sogar eidlich verpflichtet nach dem justius und aequius zu erkennen (auth. *sed hodie* C. de jud.); so ist schwer zu begreifen: was die völlig äußere und letzte Entscheidungsregel: actore non probante

---

**) Vergl. Collmann a. a. O. S. 47. f. Martin Lehrb. §. 315. Archiv f. Civil=Prax. I. S. 131, f.

**) Vergl. Spangenberg im civil. Arch. V. S. 419. Hommels Anl. die Gerichtsacten zu extr. II, 4, §. 82.

etc. dagegen thun sollte *). Aus demselben Grunde müßte man ja das Geständniß des Gegners, überhaupt alles Actenmäßige, was nicht vom beweispflichtigen Theil selbst zu den Akten gebracht ist, bei Seite stellen. Die scharfe Spaltung in Beweis und Gegenbeweis ist eine rein processualische. Das Material der Entscheidung enthalten für den letzten richterlichen Act die ganzen Acten; von welcher Partei die entscheidenden Beweisgründe dahin gelangt sind, ist dabei gleichgültig; die Wahrheit, das letzte Ziel des Processes und der Entscheidung, kann darum nicht hintenangesetzt werden.

2. Bedenklicher ist, wenn zwar der beweispflichtige Theil seiner Intentio im Allgemeinen genügt hat, die Beweisführung selbst aber zugleich das Ergebniß liefern sollte, daß das Rechtsverhältniß wegen irgend eines Hindernisses nicht zur Vollendung gekommen, oder daß es nachher wieder aufgehoben worden sey. Kann und muß hier der Richter, wenn selbst der Gegner sich gar nicht auf das Hinderniß, auf die spätere Aufhebung, zur rechten Zeit und am rechten Orte berufen haben sollte, dennoch den actor mit seiner Anforderung zurück weisen? Die Frage ist wohl nicht ohne Unterscheidungen zu beantworten.

a. Beweiset der beweispflichtige Theil selbst die Nullität des Geschäfts, und zwar eine solche Nullität, die auch nicht einmal durch die Acquiescenz des Gegners beseitigt werden kann; erhellet z. B. daß das Testament von einem noch nicht vierzehnjährigen Knaben, oder in wirklicher Geistesstörung gemacht worden, so kann unmöglich der Richter eine hierauf gegründete Forderung zusprechen; denn wenn auch der Fordernde die Abwesenheit jener Nichtigkeitsgründe nicht zu beweisen hatte, so lag ihm doch ob, einen gültigen Forderungstitel darzuthun; ob aber derselbe schon nach der Regel oder bloß Ausnahmsweise ungültig ist, kann in der rechtlichen Wirkung nichts ändern.

b. Bewiese der Fordernde, daß seine Forderung durch einen Grund wieder aufgehoben sey, der von Rechtswegen und ohne daß

---

*) Etwas anders verhält es sich mit dem von Spangenberg a. a. O. referirten Falle. Hier war Jemandem ein Alternativ-Beweis auferlegt. Er trat den Beweis hinsichtlich einer Alternative an, verzichtete also stillschweigend auf die Begründung der andern, und konnte demnach auch auf den hinsichtlich der letztern ihm sehr günstigen Gegenbeweis sich nicht weiter berufen. Die zweite Alternative war gar kein Gegenstand des Streites mehr.

es dabei auf den Willen der Interessenten weiter ankömmt, die Forderung tilgt, wie z. E. durch Zahlung, so ist es gewiß eben so wenig zuläßig, dieselbe gegen die sonnenklare Wahrheit noch für existirend anzusehen und zuzusprechen.

Es ist in beiden Fällen so gut, als hätte der Fordernde das freiwillige Geständniß abgelegt, seine Forderung sey nichtig, oder getilgt; oder sollte es wohl erlaubt seyn, etwa schon in der Klage ein solches Zugeständniß zu machen, mit der Beifügung jedoch, man wolle erst abwarten, ob der Gegner die Nichtigkeit oder Tilgung releviren werde? Und welcher Richter würde nicht eine so unvernünftige Klage von vornherein abweisen? Wenn dagegen

c. die Forderung nur durch den formellen Widerspruch des Andern beseitigt werden kann, und also bis dahin hypothetisch gültig, wenn sie, technisch ausgedrückt, nur durch eine wahre Exceptio zu elidiren ist: so kann, falls der Beanspruchte die rechtzeitige Aufstellung der Exceptio einmal versäumt hat, ohne eine In Int. Restitutio derselbe auch nicht mehr damit gehört werden, folglich auch sich nicht auf die ihm günstigen Beweise in der Beweisführung des Klägers berufen, es müßte denn eine s.g. privilegirte Exceptio seyn, — deren Fortbestand im heutigen Proceß vorausgesetzt.

Es ist also der im röm. Recht so bestimmte Unterschied zwischen Rechtsverhältnissen, welche ipso jure und welche per exceptionem aufgehoben werden, und worüber B. Hollweg so viel Treffliches theils in der Abhandlung über die Beweislast, theils im Rhein. Museum I, S. 264. f. gesagt hat, welcher hier entscheidet. Man wende nicht ein, der Unterschied sey aufgehoben, etwa durch l. 112. D. de Reg. I,; denn diese und ähnliche Stellen erklären nur, daß es im Effekt gleichgültig sey, ob eine actio ipso jure oder per exceptionem infirmirt werde; es versteht sich dieß aber gleichwohl unter der Voraussetzung, daß von der Exception wirklich Gebrauch gemacht wird. Man wende auch nicht ein, daß, wie wir selbst oben bemerkt haben, Defensionalien und Exceptionalien im gemeinen deutschen Proceß einander gleichgestellt sind; denn dieß bezieht sich doch lediglich nur auf die processualische Ordnung und man wird daraus nicht ableiten können, daß durch die Unterlassung einer Defension das klarste, von dem Kläger selbst dargelegte Unrecht zu einem Recht gestempelt werden könne. Bei den Exceptionen ist es anders, weil hier der Wille des Beanspruchten das hypothetisch Ungültige noch gültig machen kann.

Vielleicht könnte man noch bei der exceptio pacti und doli in b. f. judiciis eine Ausnahme machen wollen, weil diese nach römischem Recht von selbst oder ipso jure ohne formelle Vorschützung in Betracht zu ziehen sind. Allein dieß ist in unserm Proceß, wo ohnehin der Unterschied zwischen b. f. judicia und anderen fast unmerklich geworden ist, ohne Zweifel anders. Alle Exceptionen müssen ausdrücklich zu einem gewissen Zeitpuncte vorgebracht werden, und darunter gehören denn gewiß auch jene.

So viel, mehr zur Anregung der Sache, als zur letzten Entscheidung.

II.

Rechtsfälle

zur Erläuterung einiger Fragen bei der Beweislast.

1.

Ordnung der Beweislast. Qualificirtes Geständniß. Relevanz. Irrelevanz.

Der Tuchfabrikant L. aus A. hatte mit dem Commissionär S. zu F. während einer Messe daselbst ein Geschäft abgeschlossen, worüber der letztere folgende Urkunde besaß:

„F. Herbstmesse 1823 Herrn S. dahier soll an C. L. aus A.
„Uebergab Ihnen in Commission aufs Lager zum Verkauf folgende Stücke Tuch und Casimir"

(folgt die Aufzählung von 598 St. Tuch und 102 St. Casimir mit der specificirten Werthsangabe von . . . . . 49,008 Fl. 30 Kr.
unter Abzug von 6 % oder . . . . . 2,940 „ 30 „
im Ganzen noch ad . . . . 46,068 Fl. — Kr.
worauf es am Schlusse heißt):

„Bevorstehende 598 Stück Tuch und 102 Stück Casimir habe ich heute an „Herrn S. allhier verkauft, und dafür den laut dieser Rechnung ausma„chenden baaren Betrag von 46,068 Fl. von besagtem Herrn S. baar und rich„tig empfangen, und daher kraft meiner eigenhändigen Unterschrift diese Rech„nung acquittirt. F. den 25. September 1823. C. L."

Dieser L. erhob späterhin Klage gegen S. und stellte vor: Er habe an S. in der Herbstmesse 1823 die gedachten Waaren mit 6

pC. Werthsabzug in Commission gegeben, um dieselben für seine, des Klägers, Rechnung zu den beiverzeichneten Preisen zu verkaufen. Zwar habe er, Kläger, darüber eine quittirte Verkaufsnote ausgestellt; das sey jedoch auf Treue nnd Glauben geschehn, weil es der Beklagte so verlangt habe. Indeß habe Kläger nur eine Abschlagszahlung von 28,600 Fl. auf künftige Berechnung empfangen, wogegen Beklagter sich bisher zu einer weiteren Abrechnung oder Erstattung des rückständigen Werthbetrags nicht verstanden habe. Antrag: den Beklagten zur Rechnungslegung über das ganze Commissionsgeschäft, s. w. d. a., zu verurtheilen, oder in dessen Entstehung zur Erlegung des noch rückständigen Werthbetrags von 23,981 Fl. sammt Zinsen und Kosten.

Der Beklagte erklärte sich bei der Vernehmlassung dahin: Kläger habe allerdings zu Anfang der Herbstmesse 1823 dem Beklagten die fr. Waaren in Commission gegeben. Am Ende der Messe aber sey man beiderseits dahin einig geworden, daß Beklagter vom Kläger am 25. September die ganze Quantität nach Abzug von 6 pC. erkauft, den Betrag baar bezahlt und darüber auch Quittung erhalten habe. Durch diese Novation uud deren Erfüllung werde die ganze Klage aus dem Commissionsgeschäft niedergeschlagen, die Einrede selbst aber durch die obenerwähnte Urkunde sofort erwiesen. Daher Antrag auf Abweisung u. s. f.

Kläger acceptirte in der Replik das Geständniß des Beklagten, die Waaren in Commission erhalten zu haben, leugnete aber den Abschluß eines wirklichen Verkaufes und den Empfang des Preises, indem er die Verkaufsnote fortwährend für simulirt erklärte.

Das erste Instanzgericht entschied: Kläger habe den Grund seiner Klage dahin zu erweisen: Daß die Verkaufs- und Quittungsnote simulirt sey, daß er vielmehr erst am 25. Septbr. 1823 die Waaren an Beklagten zum Verkauf in Commission gegeben habe; dem Beklagten Gegenbeweis und den Beweis seiner Einrede vorbehalten: Daß ihm gleich im Anfang der Messe die Waaren in Commission gegeben, sie jedoch nachher von ihm am 25. Septbr. käuflich übernommen und baar mit 46,068 Fl. bezahlt worden seyen,

Die Gründe dieses Erkenntnisses übergehen wir; sie beruhten hauptsächlich auf der Annahme, daß der proceßhindernde Einwand des Beklagten durch die Verkaufs- und Quittungsnote ihrer Beschaffenheit nach nicht erwiesen sey.

Beide Theile wandten dagegen Rechtsmittel ein. Kläger be-

schwerte sich, daß ihm ungeachtet des Zugeständnisses des Beklagten erst noch der Beweis über den Klagegrund auferlegt worden; der Beklagte dagegen, daß dem Kläger ein solcher Beweis gegen eigne Factura und Quittung noch nachgelassen, uud ihm selbst der Beweis seiner Einrede erst noch auferlegt worden sey.

Bei der nunmehrigen weitern Entscheidung der Sache war, wie in erster Instanz, vor allen Dingen die proceßhindernde Einrede des Beklagten, nämlich die Einrede der Novation, worüber auch eine recognoscirte Urkunde vorlag, in Betracht zu ziehen. Kläger behauptete: die Urkunde enthalte einen Widerspruch in sich selbst, ein Commissionsgeschäft und ein angebliches Verkaufsgeschäft; sie könne also nicht einmal zum Beweise dienen — arg. l. 14, C. de fide instrum. c. 13. X. eod. Indeß ließ sich dieses nicht annehmen.

Die Urkunde enthielt freilich unter einem einzigen bestimmten Datum in ununterbrochener Folge zuerst eine Uebergabe der fr. Tücher in Commission zum Verkauf und darunter Verkaufs- und Quittungsnote. Unbewiesen war auch zur Zeit die Behauptung des Beklagten, daß er die Tücher schon im Anfang der Messe empfangen habe, und daß zuerst ein Verzeichniß darüber aufgenommen worden, dann aber am Ende der Messe die Verkaufs- und Quittungsnote beigefügt worden wäre; oder wie er es an einer anderen Stelle sagte: daß schon zu Anfange der Messe der Verkauf eines Theils der Waaren, und eine Abschlagszahlung von 28,600 Fl. erfolgt, dann aber während der Messe ein Theil noch in Commission gegeben, und am Ende der Messe das Ganze ihm verkauft worden sey. Eben so wenig war aber auch die Angabe des Klägers bewiesen, daß nur allein und allererst am 25. Sept. ein Geschäft über die Waaren abgeschlossen worden; es blieb also nichts übrig, als die Urkunde einzig und allein nach ihrem Inhalt zu erwägen.

Hiernach nun konnte man nicht anders, als annehmen, daß die Waaren dem Verklagten zuerst in Commission gegeben, dann aber am 25. Sept. verkauft worden seyen. Wollte man dieß nicht, so hätte man ohne innere Nöthigung einen Widerspruch der Urkunde mit sich selbst voraussetzen müssen. Der Kläger übergab an den Beklagten die folgends verzeichneten Waaren. Die Zeit, wo dieß geschehen, war in der Unterschrift durch F. Herbstmesse 1823 bezeichnet. Daß hier kein Tag angegeben war, konnte nicht als auffallend angesehen werden; denn die Tradition konnte sehr wohl an verschiedenen Tagen geschehen seyn Wenn es nun am Schlusse der-

selben Urkunde hieß, im Gegensatz zu dem im Eingang gebrauchten Imperfectum: übergab: „vorstehende Stücke habe ich heute an H. S, allhier verkauft u. s. w.;" so war die natürlichste Erklärung die, daß der Eingang nur ein historischer, einleitender seyn sollte, während der Schluß die gänzliche Abmachung des Geschäfts über die fr. Waaren aussprach. Und weßhalb man diese Form wählte, weßhalb man die anfängliche Commissionsnotul benutzte, war wohl bei der Größe des Waarenverzeichnisses, und bei dem zufälligen Zusammenhange beider Geschäfte sehr natürlich.

Ein Widerspruch war also nicht zu finden; die Einrede des Beklagten wurde durch die Urkunde vollständig bewiesen und dem Kläger konnte nur der Beweis der Simulation, seiner Replik, dagegen offen gelassen werden. Denn daß es sich hier nicht von der exceptio non numeratae pecuniae handelte, deren Grundsätze der Beklagte für sich in Anspruch nahm, lag klar vor.

Größere Schwierigkeiten machte das Verlangen des Klägers, von dem Beweise des Klagegrundes, das ist des wirklich abgeschlossenen Commissionsgeschäftes — denn alles Uebrige gehörte zur Replik — wegen der Zugeständnisse des Beklagten entbunden zu werden. Diese lauteten, abgesehen von den späteren völlig unmotivirten Abänderungen und Modificationen, so: „Zu Anfang der Herbstmesse 1823 hat mir der Kläger eine Partie Tuch von 508 Stück und 102 Stück Casimir in Commission gegeben, über welche Gegenstände ich mit demselben den 25. September 1823 Handels einig wurde und solche sammt und sonders für den angesetzten Verkaufspreis nach Abzug von 6 pC. für die Summe von 46,068 Fl. erkaufte und diesen Betrag auch baar bezahlte." Dies war ein sogenanntes qualificirtes Geständniß. Die Uebereinstimmung und Disconvenienz mit den Angaben des Käufers war folgende: Einig war man, daß Kläger dem Beklagten in der Herbstmesse 1823 die bemerkten Waaren zu einem bestimmten Verkaufspreis in Commission übergeben habe; uneinig aber, zu welcher Zeit Solches geschehen, ob im Anfange der Herbstmesse, welche 1823 am 8. September begann, oder erst gegen Ende derselben, am 25. September, wie Kläger behaupten wollte. Einig war man und die Evidenz der Urkunde bewies es, daß Kläger am 25. September eine Verkaufs- und Quittungsnote des mehrerwähnten Inhalts ausgestellt hatte, und es blieb nur streitig, ob dieß über ein wirkliches Geschäft, oder etwa zum Schein geschehen sey. Offenbar begriff nun aber das Geständniß, oder viel-

mehr die Erklärung des Beklagten, zwei verschiedene Thatsachen, von denen jede einzelne wahr seyn konnte, ohne die andere, namentlich das Commissionsgeschäft, ohne den hinterher erfolgten Verkauf. Es war nichts Anderes, als eine affirmative Litiscontestation mit beigefügter Einrede. Eine solche Form der Erklärung hindert nicht die Trennung derselben in die einzelnen darin begriffenen Thatsachen (oben S. 180.); und daß die l. 26. §. 2. D. depositi nicht entgegenstehe, ist aus dem Inhalt dieser Stelle von selbst klar. Demzufolge mußte das vom Käufer behauptete Commissionsgeschäft durch die Erklärung des Gegners als völlig bewiesen erscheinen. Man war einig über den Gegenstand des Geschäfts, über die Preise und Bedingungen, auch im Allgemeinen über die Zeit der Entstehung des Geschäfts. Ob es im Anfang, oder am Ende der Herbstmesse und an welchem Tage zu Stande kam, konnte im Wesentlichen und auch in concreto nichts ändern; überdieß ergab die fr. Urkunde und das Geständniß des Beklagten wenigstens soviel, daß das Comissionsgeschäft bis zum 25. September incl. vor Ausstellung der Verkaufs- und Quittungsnote vollzogen seyn mußte. Von Verjährung der Klage war keine Rede.

Damit war denn auch der eigentliche Klagegrund, die actio selbst (freilich noch nicht die replica libello inserta), wirklich bewiesen. Der Beklagte war einmal aus einem Commissionsgeschäft dem Kläger obligirt; von dem Tage der Convention hing nichts ab; es fehlte also gänzlich an einem Grunde, dem Kläger über diesen unerheblichen Nebenpunct erst noch den Beweis aufzulegen. (Vrgl. oben S. 58. f.) Zwar konnte es vielleicht für den Beweis der eigenen Replik des Klägers und für den Gegenbeweis des Beklagten von Bedeutung seyn, den Tag, wo das Commissionsgeschäft, oder die Uebergabe der Waaren in Commission, zu Stande kam, genau festzustellen. Dann war jedoch immer der Zeitpunct bloß für diesen Replik-Beweis und Gegenbeweis von Bedeutung, und nicht konnte davon die Begründung der Klage selbst, wie es durch ein Beweisinterlocut gewissermaßen geschehen seyn würde, gleichsam rückwirkend, um der Replik willen, abhängig gemacht werden. Wohl aber mußte beiden Theilen frei stehen, das Factum beim Replikbeweise näher aufzuklären.

Das Resulat war also folgendes:

1. der Kläger war vom Beweise des Klagegrundes wieder zu entbinden; eben so auch

2. der Beklagte vom Beweise seiner Einrede der Novation durch Ankauf und Bezahlung der Waaren; dagegen mußte es

3. dabei bewenden, daß Kläger, salva reprobatione, die Simulation der Kauf- und Quittungsnote beizubringen habe, jedoch mit ausdrücklicher Freilassung des Beweises: daß er erst am 25. Sept. selbst die fr. Waaren dem Beklagten in Commission gegeben habe.

2.

Beweislast bei der Klage aus einer versio in rem domini patrisve.

Zwei Haussöhne befanden sich mit Bewilligung ihres Vaters zum Behufe ihrer practischen Ausbildung außerhalb des väterlichen Wohnsitzes in einem fremden Ort. Ein dasiger Gastwirth verklagte nach dem Tode des Vaters dessen Erben wegen des den beiden jungen Männern verabreichten mehrmonatlichen Unterhalts, Logis und damit meist verbundener Lebensgenüsse, wofür noch keine Vergütung geleistet, der Vater gleichwohl verhaftet gewesen sey. Die Erben des letzteren wandten ein: derselbe habe seinen Söhnen hinreichende Geldmittel zukommen lassen, um dafür anständig und mäßig leben zu können, und verneinten überdies die Verabreichung der liquidirten Gegenstände so wie das wirkliche Bedürfniß vieler derselben.

Durch gleichförmige Urtheile der beiden ersten Instanzrichter wurde

a. dem Kläger der Vorbeweis: daß er den beiden jungen Männern die fraglichen Gegenstände verabreicht habe und diese zum angemessenen Lebensbedarf derselben erforderlich gewesen,

auferlegt und dagegen

b. den Beklagten (außer dem directen der indirecte) Gegenbeweis darüber zugetheilt: daß ihr Erblasser seinen Söhnen die erforderlichen Alimente oder Alimentationsgelder habe zukommen lassen.

Hiewider Oberberufung der Beklagten, weil nicht vielmehr auch dem Kläger noch der Beweis darüber auferlegt worden sey,

daß er durch seine Handlungen dem Vater seiner beiden Kunden die denselben schuldigen Alimente erspart habe.

Diese Oberberufung mußte aus folgendem Grunde verworfen werden:

„Durch die beiden bisherigen Judikate, welche nur noch in diesem einzigen Puncte angefochten worden, ist festgestellt, daß unter

den vorliegenden Verhältnissen und vermöge des gegen den Erblasser der Beklagten nach seinem Domicil in Anwendung zu bringenden gemeinen Rechtes eine actio de in rem verso an sich zuläßig sey.

Es handelt sich nur noch um Bestimmung der Beweislast.

Beide vorigen Richter nehmen an: es sey entscheidend für das Schicksal der Klage, ob der gedachte Erblasser seinen Söhnen, während des fraglichen Zeitraumes die nöthigen Geldmittel zur Bestreitung der nothwendigen Alimente habe zukommen lassen oder nicht. Beide Richter belasten jedoch die Verklagten mit dem Beweise; der erste Richter, wie es scheint, weil es sich dabei um eine die Verklagten von der Klage befreiende Thatsache handelt; der zweite mit der Bemerkung:

> „wenn die Kläger den Beweis führen, daß sie die Söhne des Erblassers der Verklagten alimentirt, also eine demselben primario obliegende Pflicht erfüllt haben, so haben sie fundatam intentionem der nützlichen Verwendung für sich; daß diese das von ihrem Vater zu ihrer Alimentation erhaltene Geld vergeudet, dafür streitet die Vermuthung nicht. Die Behauptung der Verklagten erscheint also als eine Thatsache durch welche sie die nach den äußeren Merkmalen der Sache begründete actio de in rem verso zerstören wollen und daher sind sie verbunden, den Beweis derselben zu übernehmen".

Oberappellanten erinnern hiergegen: dem Kläger liege bei der actio de in rem verso unzweifelhaft der Beweis der in rem versio ob:

> §. 5. I. 4, 7. „certe qui potest probare in rem domini versum esse: de in rem verso agere debet".

Eine Verabreichung von Alimenten erscheine aber nur dann als nützlich für den dazu Verpflichteten, wenn demselben die eigene Verabreichung der Alimente erspart werde. Der vorige Richter nehme deßhalb zu factischen Vermuthungen seine Zuflucht, die aber an sich nach richtiger Theorie nicht von der Beweislast entbinden könnten, so wenig als die scheinbar in dem Satz liegende Verneinung: daß der Verstorbene die nöthigen Alimente nicht verabreicht habe.

Obgleich nun diese letzteren Bemerkungen ihre unbestreitbare Richtigkeit haben, so läßt sich doch die Beweislast des Klägers nicht soweit ausdehnen, als die Oberapellanten verlangen. Die Beweislast des Klägers beschränkt sich allezeit nur auf die Regel der Rechtsverhältnisse, sie seyen künstliche oder natürliche, die Ausnahme von der Regel fällt der exceptio anheim.

B. Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civil-Proc. S. 350, f.

Ad. Dietr. Weber v. d. Verbindlichkeit zum Beweise ad 2. S. 275. f.

Nun entscheidet aber:

L. 3. §. 2. D. de in rem verso:

„regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem.

(Schon die Abwendung eines Nachtheils genügt also.)

§. 3. „Proinde si servus sumsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id estusque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, in rem videri domini vertisse. Ergo idem erit et in filio.

Hier ist also ausdrücklich eine nützliche Verwendung schon dann anerkannt, wenn die Person oder Sache in dem Stande erhalten wird, in welchem sie nach der erkennbaren Absicht des dominus oder Vaters erhalten werden soll, und ein solcher Beweis ist auch im gegenwärtigen Fall dem Kläger wirklich auferlegt. Daß dagegen irgend eine Maßregel des Vaters oder Herrn die nützliche Verwendung verhindert habe, gehört zu den Ausnahmen, die der Verklagte beweisen muß; denn nützlich an sich oder im Allgemeinen bleibt immer, wenn Jemand dasjenige thut, was einem Andern zu thun obliegt; daher heißt es auch in

L. 10. §. 6. D. eod. Versum autem sic dicimus: si duret versum. Et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio,

wo schon die gebrauchten Worte auf eine exceptio hindeuten, deren sich der Verklagte bedienen muß, so wie in L. 12. 25. §. 2. D. de probat. und L 1. Cod. eod. regelmäßig der Beweis der Zahlung von demjenigen gefordert wird, der sich darauf bezieht.

Wenn sich die Oberappellanten darauf berufen, daß die Gesetze es dem Gläubiger eines Haussohnes zur Pflicht machen, sich bei ihren Contrakten mit demselben wohl vorzusehen, so kann man wieder nicht sagen, daß dies zur Substanz der Klage selbst gehöre. Die Stelle lautet so:

L. 3. §. 9. D. eod. „Si accepit servus quasi in rem domini verteret nec vertit et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente accepit servus, aut si cum hac mente accepisset, postea alio vertit; Curiosus igitur debet esse creditor quo vertatur.“

Hier ist die Voraussetzung die, daß der Haussohn oder Knecht das Empfangene nicht einmal zu einem dem Vater nützlichen Zwecke verwendet, wenn z. B. die zur eigenen Bekleidung ausgenommenen Kleidungsstücke wieder verkauft, und die Gelder durchgebracht werden. Dagegen ist dem Gläubiger Vorsicht anempfohlen. Wenn indessen Dinge zum gewöhnlichen Lebensunterhalt gegeben und augenblicklich genossen werden, so liegt die Verwendung an sich zu Tage; die Vorsicht kann hier nur darin bestehen, daß man Erkundigung einziehe, ob nicht der Vater oder Herr für diese Bedürfnisse selbst schon gesorgt hatte, weil derselbe sonst die obige exceptio hat. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Kläger einen Beweis über das Nichtdasein einer solchen exceptio übernehmen müsse.

Hiernach hat, wie geschehen, erkannt werden müssen."

2.

Bestimmung der Beweislast im Verhältniß der Regel zur Ausnahme.

Peter Schmidt heirathete 1840 die Tochter des Johann Montag, welche aber schon 1841 mit Hinterlassung eines Kindes verstarb. Auch dieses folgte ihr bald nach. Schmidt ward dadurch Erbe des ganzen Vermögens seiner Frau. Im J. 1842 klagte nun sein Schwiegervater gegen ihn: er habe im J. 1838 sein Grundeigenthum unter seine damaligen drei Kinder, die nachherige Ehefrau des Beklagten mit eingeschlossen, nutznießlich gegen einen jährlichen Haushalt von 10 Thlr. und einem Malter Korn ertheilt; mit dem Tode seiner Tochter sei sein Nutzungsrecht wider an ihn zurückgefallen; gleichwohl weigere sich der Beklagte die Grundstücke wieder herauszugeben.

Beklagter räumte ein, die fraglichen Grundstücke im Besitz zu haben, er bestritt nicht, daß sie von seinem Schwiegervater, dem Klä-

ger, auf seine verstorbene Frau gekommen, behauptete aber eine eigenthümliche Uebertragung auf dieselbe.

Der Richter erster Instanz legte dem Kläger den Beweis auf, daß er seiner verstorbenen Tochter die Grundstücke nur nutznießlich (lehnsweise) überlassen habe. Der zweite Richter aber reformirte:

> daß nicht der Kläger einen Beweis zu führen schuldig, vielmehr dem Beklagten zu erweisen obliege: daß die fr. Grundstücke seiner verstorbenen Frau zu Eigenthum überlassen worden.

In der dritten Instanz ward solches bestätigt, aus folgenden Gründen:

„Oberappellant, der Beklagte nämlich, suche zwar auszuführen, daß zwischen dem Kläger und seiner verstorbenen Tochter keine blos lehnsweise, sondern erb- und eigenthümliche Uebertragung vollzogen worden sey. Er berufe sich auf das Unwahrscheinliche der in der Klage behaupteten Uebertragsweise besonders in Hinsicht auf andere Familienvorgänge; indessen läge darüber noch kein Beweis vor und die Möglichkeit des vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses werde dadurch nicht ausgeschlossen. Es komme daher Alles darauf an, ob nach dem vorliegenden status causae der Richter erster oder zweiter Instanz die Beweislast richtig bestimmt habe. Ohne Zweifel sei Letzteres der Fall. Denn die Klage sei nichts anderes, als eine Vindication von Grundstücken mit beigefügter Erläuterung oder Replik, auf welche Weise der Beklagte in den Besitz der Grundstücke gelangt sei. Daß dieselben von dem Kläger herrühren und ihm bei der Ueberlassung an seine Tochter das Eigenthum daran zugestanden habe, sey vom Beklagten nicht bestritten; Eigenthum dauere so lange fort, als es durch kein rechtliches Ereigniß aufgehoben worden, Beklagter behaupte eine solche Aufhebung und müsse daher auch den Beweis seiner Behauptung führen.

[Eine ähnliche Entscheidung findet sich im Archiv f. Civ. und Crim. R. der preuß. Rheinprov. Bd. IX., 1, 296. — Sonstige Entscheidungen über Beweisla stsind nachzuweisen in Fr. Kappler Repertor. der Absch. unter: Beweis.]

Register

über die vorzüglichsten Materien.

Die römischen Zahlen bezeichnen die Abhandlung, die arabischen die Paragraphen. *S. bezieht sich auf die Seitenzahl der Zusätze des Herausgebers.

A.

Actum — id quod actum est, Erklärung des Ausdrucks. II, Not. 2.
Advocat s. Anwalt.
Affirmans, affirmatio s. Bejahung.
Alimentationsklagen. Beweislast dabei. S. 236.
Anastasianisches Gesetz — Wer daraus eine Einrede hernimmt, muß beweisen, daß der Cessionar weniger bezahlt habe, als er jetzt fordert. VI, 29. S. 239.
Anticipation des Beweises. VI, 17.
Anwalt — Advokate, Sachwalte — Wirkung ihrer Geständnisse. VI, 13. f. Verbesserung ihrer Rechtsirrthümer durch den Richter. IV, 12. Müssen bei der Frage: was bewiesen werden müsse? genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört. II, 8.
Austräge des d. Bundes. Wer muß beweisen? S. 212. 295.

B.

Bejahung — Widerlegung des Satzes: wer Etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende. VI, 9—15. S. 224.
Bekenntniß — die Vorschriften der der P. H. G. O. Carls V. darüber, können im Civilprozesse nicht in Anwendung kommen. IV, 5.

Beklagter — kann schon dadurch, daß der Kläger nichts beweiset, ein günstiges Urtheil erhalten. VI, 6. In zweifelhaften Fällen muß der Richter für ihn sprechen. V, 10. — Muß beweisen, wenn er den faktischen Grund der Klage zugestanden, und dagegen nur Einreden vorgeschützt hat. VI, 37 a. (s. auch Einreden). — Muß die Einreden, welche er in Form einer Verneinung der anticipirten Replik vorgebracht hat, beweisen. VI, 34. — Muß die durch die Replik des Klägers bestrittenen Einreden beweisen. VI, 38. b. — Muß die in der Duplik näher ausgeführten Einreden, sowie die eigentliche Duplik beweisen. VI, 39. b. d. Fälle, in welchen er zur Strafe die Last des Beweises übernehmen muß. VI, 46. 3. Wenn er wider die Wahrheit einen Besitz ableugnet, muß er die Sache abtreten und sein Recht beweisen. VI, 46. 3. Wenn er als dritter Besitzer eines Pfandes das

Eigenthum des Klägers leugnet, muß er die Sache abtreten, und sein besseres Recht beweisen. VI, 46. 3.

Beneficium abstinendi — Legetarien und Gläubiger, welche den suis heredibus das beneficium abstinendi streitig machen, müssen deren Immixtion beweisen. VI, 28.

Beschädigte — der von einem Andern, der zur Ablieferung gewisser Sachen verbunden war, den Schaden ersetzt verlangt, braucht nur das Daseyn eines Contracts, der dies mit sich bringt, zu beweisen. VI, 21. s. Kläger.

Besitz — befreit vom Beweise. V, 10. Vermuthung für dessen rechtmäßige Erwerbung. V, 10. s. Vermuthung.

Beweis — Begriff. I, 2. — Wird geführt, um den Richter als Richter zu überzeugen. I, 3. — Quellen der Regeln für den Beweis und dessen Führung. I, 5. — Anordnungen der Gesetze in dieser Rücksicht. I, 6. — Ein freiwilliger Beweis, der unerheblich ist, darf vom Richter nicht zugelassen werden. II, 10. — Last des Beweises. I, 4. — Ein geführter Beweis macht nur unter den Parteien, nicht gegen einen Dritten förmliche Wahrheit III, 1. Ausnahmen hievon ebds. — Von der Nothwendigkeit des Beweises kann nur die Rede seyn, wenn die Entscheidung der Sache von dessen Führung oder Nichtführung abhängt. VI, 6. — Nothwendigkeit der Trennung der Beweise der Klage, der Einreden u. s. w. VI, 37. 38. 40. — Wenn der Beweis angetreten und fortgesetzt ist, so muß darüber erkannt werden, ob er geführt ist oder nicht, und was das Eine oder das Andere für Wirkungen hat. VI, 37.

Beweisen — Begriff I, 1.

Wer muß beweisen? Allgemeine Regel VI, 1. 2. S. 209. — Nähere Begründung derselben. VI, 7. — S. 202. f. — Ausnahmen davon. VI, 46. — Die Lehren anderer Rechtslehrer über diese Frage, und das Unzutreffende derselben. VI, 3. 4. — Worauf der Richter bei Entscheidung über diese Frage sehen müsse. VI, 37. — Wer facta anführt, die die Begründung der Absicht des Gegners betreffen, braucht solche nicht zu beweisen. VI, 41. — Wer ein gültiges Geständniß für sich hat, braucht den eingeräumten Umstand nicht weiter zu beweisen. VI, 2. s. Geständniß. — Schriftsteller über die Frage: wer muß beweisen? I, Note 5.

Was muß bewiesen werden? und zwar 1) im Allgemeinen. II, 1. A. S. 193. und 2) in Beziehung auf einzelne gegebene Fälle. II, 1. B. In wiefern Rechtssätze erwiesen werden müssen II, 2. 3. f. Rechtsätze. Was schon erwiesen ist, bedarf keines neuen Beweises. II, 1. Was nicht zur Sache gehört, darf nicht bewiesen werden. II, 7. Was nicht zur Begründung eines Rechts gehört, darf nicht zum Beweise verstellt werden. VI, 41. Bloße Bestreitung des Klagegrundes, wenn solche gleich exceptio genannt seyn mochte, muß dem Beklagten zu beweisen nicht aufgegeben werden. VI, 35. Zur Auferlegung des Beweises wird nicht immer eine bestimmte Behauptung erfordert. VI, 41.

Beweis des Gegentheils s. Geständniß, imgleichen Vermuthung.

Beweiserkenntniß — der Richter ist hiebei nicht an die von den Parteien vorgebrachten Fakta gebunden. II, 12. — Dessen Wirkung. II, 7 — Form II, 11. insbesondere, wenn der Beklagte die factischen Gründe der Klage bestritten hat. IV, 37. oder wenn der Beklagte den faktischen Grund der Klage zugestanden, und dagegen Einreden vorgeschützt hat. VI, 37. a. Wenn der Kläger die Klage bewiesen, und der Beklagte Einreden vorgeschützt hat. VI, 37. Wenn der Beklagte die Einreden bewiesen hat, welche durch die eigentliche Replik angefochten sind. V, 38. d. Wenn eine Replik im eigentlichen Verstande vorgebracht ist. V, 38. — Wenn die Klage und die Replik erwiesen sind, dagegen aber eine eigentliche Duplik vorgebracht ist. VI, 39. Unrichtige Form VI, 41.

Beweisführung — I, 1. — deren Ordnung VI, 37—40. S. 212. —

beim qualificirten Geständnisse, VI, 42—45. S. 246. 251.
Beweissatz — genauere Bestimmung desselben. II, 11. und zwar 1) bei einzelnen Handlungen. II, 11. 1. 2) bei allgemeinen Verhältnissen II, 11. 2. — worauf es bei Bestimmung desselben ankommt. VI, 17. nähere Erläuterung hierüber. VI, 16. 18.

C.

Condictionen — Beweislast dabei. S. 237.
Condictio indebiti — Dabei muß der Regel nach der Kläger den Beweis der Nichtschuld führen. VI, 11. — Wenn solche von Minderjährigen und andern des Rechts unkundigen Personen angestellt wird. VI, 46. 2. — Wenn der Empfang des Geldes geleugnet und dieser erwiesen wird. VI, 46. 3.
Confessio in jure IV, 10. S. 243. s. Geständniß.
Contrahent — braucht nur das Dasein des Contracts, nicht die Fähigkeit des Gegners zur Schließung desselben zu beweisen. VI, 18.
Culpa s. Fahrlässigkeit.

D.

Dolus — dessen Beweis. VI, 21. S. 219. s. Fahrlässigkeit.
Duplik — s. Form des Beweiserkenntnisses und Beklagter. — Absque novis dupliciren. In wiefern dies dem Beklagten auferlegt werden könne. VI, 40.

E.

Einreden — deren Beweis ist kein Gegenbeweis I. Note 4. und kann daher nicht in den Gegenbeweis des Beklagten gezogen werden. VI, 37. — Müssen bewiesen werden, wenn die Klage zugestanden oder bewiesen ist. VI, 37. — Die auf Rechtsfragen gestützt sind, können nicht als illiquid verworfen werden. II, 6. — Die Einrede des nicht erfüllten Contracts bringt den Beweis auf den Kläger. VI, 27. Gründe hiefür, VI, 36. Nicht aber, weil sie eine Verneinung ist, VI, 11. — ist im Executivproceß zuläßig, VI, 27. — Exceptio non rite impleti contractus muß der Beklagte beweisen. VI, 27. — Exceptio rei non sic sed aliter gestae. VI, 36. S. 239.
Erbe — muß die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen. VI, 26. — muß beweisen, daß der Testator, wenn er im Testament und im Codicill Jemandem eine Summe vermacht, er nur eins und dasselbe gemeint habe. VI, 19. s. Legatar.
Error s. Irrthum — auch Anwalt.
Excipiens non confitetur — Erklärung dieses Satzes. IV, 16. 17. 18.

F.

Fahrlässigkeit — über den Beweis des dolus und der culpa. VI, 21. S. 219. Der größere oder geringere Grad der Fahrlässigkeit, welchen Jemand prästiren muß, hat auf Bestimmung der Frage: wer beweisen muß? keinen Einfluß. VI, 25. — Der Kläger muß nur dann den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit erweisen, wenn er wirklich eine Klage anstellt, die dies mit sich bringt. VI, 24. — Der Beschädigte, der einen Andern in Anspruch nimmt, der nicht zur Aufbewahrung oder Vorsorge seiner Sachen verbunden war, muß den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Beklagten beweisen. VI, 21. — Verlangt er von Jemandem, der zur Ablieferung seiner Sachen verbunden war, den erlittenen Schaden ersetzt, so braucht er nur das Dasein eines solchen Contracts zu beweisen. VI, 21. 22. Der Anleiher und Miether muß beweisen, daß die geliehene oder gemiethete Sache nicht durch seine Schuld zu Grunde gegangen ist. VI, 22. — Der Kläger muß die Verschuldung des Beklagten erweisen, wenn dieser Thatsachen beigebracht hat, welche ihn von der Verantwortlichkeit befreien. VI, 25. —

Wer zur Aufbewahrung gewisser Sachen verbunden war, muß deren nicht verschuldeten Untergang beweisen. VI, 21.
Form und Gültigkeit der Geschäfte. s. Geschäfte.

G.

Gegenbeweis — Begriff. I, 2. — Ist nicht aufzugeben, sondern freizulassen. VI, 37. 38. 39. — Der Beweis der Einreden und Replik ist kein Gegenbeweis. I, Note 4. VI, 37.
Gerichtskundigkeit. S. 199.
Geschäfte — Findet eine Rechtsvermuthung für die Gültigkeit rechtlicher Geschäfte Statt? V, 31. — Wer aus der Gültigkeit eines Geschäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß die Beobachtung der gesetzlichen Form beibringen. VI, 30. — Wer aus der Ungültigkeit eines Geschäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß den Grund seiner Ansprüche beweisen. VI, 31. — Wer gegen einen Minderjährigen auf Erfüllung eines Contracts klagt, muß die Beobachtung der gesetzlichen Form beibringen. VI, 32.
Geständniß — Begriff. IV, 1. — Dessen nähere Bestimmung bei Streitsachen. IV, 2. — Nicht jede Erzählung oder Aeußerung, welche Jemand von sich oder Dingen, die ihn betreffen, gemacht hat, beweiset gegen ihn. IV, 3. — Eintheilung der Geständnisse in gerichtliche und außergerichtliche, ist nicht allein hinreichend, um die Glaubwürdigkeit zu bestimmen. IV, 3. — Eintheilung derselben in unbedingte oder einfache und bedingte oder qualificirte. IV, 20. VI, 42. — Das stillschweigende Geständniß, worauf man sich in Gerichten häufig beruft, ist ohne gesetzliche Sanction. IV, 19. — Der Richter kann nur das als zugestanden annehmen, was durch ausdrückliche und bestimmte Erklärung anerkannt ist. IV, 16. — Ist das Geständniß den Beweismitteln beizuzählen? IV, 4. — Worauf es bei der Glaubwürdigkeit der Geständnisse ankommt. IV, 3. — Die Wirkung der Geständnisse ist durch die gemeinen, in Deutschland geltenden Gesetze nicht genau bestimmt. IV, 5. — Beweiskraft der Geständnisse. IV, 6. — Ob sie eine Verbindlichkeit wirken, ebendas. — Ob die Wirkung des Geständnisses in dem Rechte zur freien Disposition liegt. IV, 9. — Wer ein gültiges Geständniß für sich hat, braucht den eingeräumten Umstand nicht weiter zu beweisen. IV, 2. — Ein glaubwürdiges Geständniß macht der Regel nach förmliche Wahrheit. IV, 7. 1. — Geständnisse, die nicht die Bedingungen der Glaubwürdigkeit mit sich führen, haben auch nicht die volle Beweiskraft. IV, 7. 2. — Bei den Geständnissen in unsern Gerichten finden die Wirkungen, welche das römische Recht in Ansehung der confessio in jure bestimmt hat, nicht Statt. IV, 10. *S. 242. f. — Geständnisse wirken der Regel nach kein förmliches Recht. IV, 7. Ausnahme hievon 1) durch Privatdisposition. IV, 8. 2) durch die Gesetze. IV, 10. — Auch außergerichtliche Geständnisse haben Beweiskraft. IV, 3. Einschränkung dieser Regel in Ansehung des Darlehns, des Brautschatzes und der Quittungen. IV, 7. 1. — Qualificirtes oder bedingtes Geständniß und über dessen sogenannte Theilung. IV, 42. u. s. w. *S. 243. — In wiefern das qualificirte Geständniß demjenigen, der es ablegt, die Verbindlichkeit auflege, den vom Gegner bestrittenen factischen Umstand zu beweisen. VI, 42. — Wenn durch ein qualificirtes Geständniß die Klage oder Einrede nicht in so weit, als diese zur Begründung eines Rechts gehört, eingestanden wird, so muß sie bewiesen werden. VI, 42. Ausnahme hievon VI, 42. — Wenn durch ein qualificirtes Geständniß das, was zur Begründung der Klage oder Einrede gehört, eingestanden wird, und nur Beschränkungen angeführt werden, so müssen diese bewiesen werden. VI, 42. 44. — Einige Rechtsfälle vom qualificirten Geständniß. VI, 45. S. 251. f.
Widerruf der Geständnisse. IV, 11. — Der durch den Sachwalt u. a. m. abgelegten Geständnisse. IV, 12. — Von dem Erfolg eines solchen Widerrufs. IV, 13.

14. — Wer das von dem Sachführer Vorgebrachte innerhalb dreier Tage widerruft, ist vom Beweise des Gegentheils frei. IV, 13. — Nach dieser Zeit muß er den Beweis des Gegentheils übernehmen. IV, 13. — Auch bei glaubwürdigen Geständnissen findet der Beweis des Gegentheils Statt, bis sie in Rechtskraft getreten sind. IV, 7. 3. — Auch gegen ein aus Irrthum abgelegtes Geständniß in eben dem Falle. IV, 11.

Gewohnheitsrecht — muß bewiesen werden. II, 3. siehe Rechtssätze.

I.

Immixtion muß von Gläubigern und Legatarien bewiesen werden, die den suis heredibus das beneficium abstinendi bestreiten. VI, 28.

Interlocut auf Beweis darf nicht erlassen werden, wenn definitive erkannt werden kann. II, 9.

Irrthum — Rechtsirrthümer müssen vom Richter ex officio verbessert werden IV, 12. — in Ansehung des facti kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung von der Partei verbessert werden. IV, 12. — Ein aus Irrthum abgelegtes Geständniß läßt den Beweis des Gegentheils bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu. IV, 11. s. Widerruf der Geständnisse.

Juramentum in litem. IV, 46.

Jus singulare — Wer solches behauptet, muß das Daseyn der Verhältnisse, worin es sich gründet, beweisen. IV, 18.

K.

Kläger — Prüfung der Regel: der Kläger muß beweisen. VI, 6—8. — Muß das Fundament seiner Klage beweisen, wenn ihm der Beklagte nicht Alles eingeräumt hat. VI, 6. — Muß beweisen, wenn der Beklagte das Fundament der Klage geleugnet und Einreden vorgeschützt hat. VI, 37. b. — Kann den Ausflüchten des Beklagten sogleich in der Klage das Nöthige entgegensetzen. VI, 34. — Braucht seine eigentliche Replik erst nach dem Beweise der Einreden zu bewahrheiten. VI, 38. c. — Wenn in der Replik die Einreden zugestanden werden, so muß der Kläger jene mit der Klage zugleich beweisen. VI, 38. — Wenn ihm die Schutzreplik geleugnet wird, so muß er solche beweisen. VI, 39 c. — Wenn ihm die Replik auch eingestanden wird, so ist dadurch noch nicht der Klagegrund zugestanden, vielmehr muß er diesen noch beweisen. VI, 39. c. — Wenn gegen die eigentliche Replik eine Schutzduplik vorgebracht wird, so muß der Kläger jene beweisen. VI, 39. a.

L.

Last des Beweises s. Beweis.

Legatar — muß beweisen, wenn ihm in einem Testamente eine Summe mehrere Male vermacht ist, daß der Testator das Vermächtniß ihm wirklich doppelt bestimmt habe. IV, 19. s. Erbe.

M.

Mandatarius muß beweisen, daß er das übernommene Geschäft mit seinem Fleiße nicht habe besorgen können. VI, 23. — Muß die Unmöglichkeit der Ausführung der übernommenen Geschäfte, oder womit er sich sonst zu schützen glaubt, beweisen. VI, 21. 23.

Minderjährige, siehe auch Pupill — der eine Veräußerung anfechten will, muß deren Ungültigkeit beweisen. VI, 32. — Wenn gegen ihn auf Erfüllung eines Contracts geklagt wird, so muß die Beobachder gesetzlichen Form bewiesen werden. VI. 32.

N.

Negativa s. Verneinung. — deren Eintheilung in negativas juris, qualitatis, facti definiti. VI, 1. 14.

Negatorienklage. VI, 46. S. 233.

Notorisch — Prüfung der Lehre, daß es keines Beweises bedürfe. III, 2. — S. 196. f.

O.

Obrigkeit, wenn sie actione subsidiaria belangt wird, muß beweisen, daß die von ihr bestellten Vormünder, zur Zeit der Bestellung sicher und gut waren. IV, 20.

Onus probandi, s. Beweislast.

P.

Pertinenzien, s. Zubehör.

Pfandgläubiger, s. Rechtsvermuthung.

Pfandinhaber, s. Beklagter.

Praesumtio — Eintheilung in praesumtiones juris, hominis und juris et de jure. V, 1. Vergl. Rechtsvermuthung und Vermuthung.

Privilegien — wer solche behauptet, muß beweisen. II, 3. s. Rechtssätze. Worauf dieser Beweis zu richten ist. II, 3.

Pupill — muß beweisen, daß eine Anleihe nicht vom Vormund zu seinem Besten verwandt sey. VI, 11.

R.

Recht — Wer ein besonderes Recht behauptet, muß die Verhältnisse, worin es sich gründet, beweisen. VI, 18.

Rechtsfragen und faktische. II, 4. — Können nicht zur besondern Verhandlung verwiesen werden. II, 6. — Darauf gestützte Einreden können nicht als illiquid verworfen werden. II, 6.

Rechtssätze brauchen dem Richter nicht bewiesen zu werden. II, 2. 3. Ausnahmen hiervon, und zwar 1) bei den Gesetzen eines andern Staats. II, 3. 2) bei Privilegien und Gewohnheitsrechten. II, 3. S. 194.

Rechtsvermuthungen, (s. Vermuthungen.) — Begriff. V, 1. — Was dazu erfordert wird. V, 3. — Sie wirken provisorische Gewißheit, bis das Gegentheil erwiesen ist. V, 5. — Nicht jeder Wahrscheinlichkeitsgrund wird dadurch, daß die Gesetze seiner erwähnen, eine Rechtsvermuthung. V, 5. 6. 7. — Nur solche Verhältnisse, wodurch die bei Rechtsvermuthungen vorausgesetzten Gründe gehoben werden, können den Richter bestimmen, davon abzugehen. V, 11. — Vom Beweise des Gegentheils bei Rechtsvermuthungen. V, 11. (S. 240.) Worauf er zu richten ist. Ebendas. Kann durch alle andere Beweismittel geführt werden. Ebendas.

Besondere Rechtsvermuthungen — Ein Kind, das in einer gültigen Ehe geboren ist, muß für ein eheliches gehalten werden, selbst wenn die Mutter und der Beklagte den außerehelichen Beischlaf eingestehen. V, 11. — Der Pfandgläubiger, welcher die weitere Verpfändung des Pfandes bewilligt, begiebt sich des Pfandrechts. V, 11. — Beurtheilung der Rechtssätze: quilibet praesumitur bonus, omne praedium praesumitur liberum, quaelibet possessio praesumitur juste adquisita. V. 9. — Folgen daraus, wenn man den Satz: quilibet praesumitur bonus, als Rechtsvermuthung gelten lassen will. V, 9. — Eine eigentliche Rechtsvermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes findet nicht Statt. V, 10. — Gesetze, welche der Vermuthung: quaelibet possessio praesumitur juste adquisita entgegenstehen. V, 10. — Collision der Vermuthungen. V, 12.

Replik, siehe Kläger, imgl. Beweiserkenntniß — deren Beweis ist kein Gegenbeweis, I. Note 4. — Wenn solche zur Unterstützung des Klagegrunds dient, so gilt von ihr, was bei der Klage Rechtens ist. VI, 38. a.

Richter kann nur Rechtssätze, nicht Thatsachen ergänzen. II, 5. — Kann einen Angeklagten, den die Akten als überwiesen darstellen, und von dessen Unschuld er als Mensch überzeugt ist, nicht absolviren. III, Note 9. — Muß genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört, um zu bestimmen, was bewiesen werden muß. II, 8. — Muß bei Bestimmung der Frage: wer beweisen müsse? darauf sehen, ob Rechte, die eine Partei durch gewisse Thatsachen zu begründen sucht, schon jetzt geltend gemacht werden sollen. VI, 37. — Kann nicht ohne hinlängliche Gründe von den Rechtsvermu-

thungen abgehen. V, 2. s. Rechtsvermuthung. — Seine Stellung überhaupt S. 245. 254.

S.

Servituten-Ersitzung Beweislast dabei S. 233.

T.

Thatsachen, welche zur Begründung der Klage, der Einreden u. s. w. gehören, müssen vom Richter genau bestimmt werden. VI, 18. — Die die Begründung des Rechts des Gegners betreffen, muß dieser beweisen. VI, 41.

V.

Vermuthung, s. Rechtsvermuthung — Begriff. V, 1. — Unzulänglichkeit der Begriffe Anderer. V, 2. — Gründe der Vermuthungen. V, 2. — Unterschied von Verdacht. V, 1. — Dadurch, daß Etwas keine Vermuthung für sich hat, folgt nicht, daß sie für das Gegentheil Statt finde. V, 8. — Auch gemeine Vermuthungen kommen beim Beweise des Gegentheils gegen Rechtsvermuthungen in Betracht. V, 11. — In wiefern sie zur Verstärkung anderer Beweisgründe beitragen. V, 8. — Ob eine Vermuthung für oder wider die Bekanntmachung eines Gesetzes Statt findet. VI, 30.

Verneinungen, (s. Bejahungen). — S. 222. Können directe und indirecte rechtlich genügend bewiesen werden. VI, 10. — Müssen von Jedem bewiesen werden, der sich darin gründet, wenn ihn die Reihe des Beweises trifft. — Nähere Bestimmung darüber, was eigentlich bejahende und verneinende Sätze seyn würden. VI, 15. — Beispiele, daß Verneinungen bewiesen werden müssen, s. *condictio indebiti*, und Pupill. — Einige Rechtsfälle. VI, 16.

Versio in rem muß gegen Communen von dem bewiesen werden, der aus einer den Vorstehern derselben ohne ihren Beschluß gemachten Anleihe klagt. VI, 11. — Der Pupill muß die nicht geschehene Version einer klagbar gemachten Forderung beweisen. Ebendas. S. auch S. 256.

Vormund — Was vermuthet wird, wenn er Pupillengelder zinsenlos hat stehen lassen. V, 10. — Gegen ihn findet juramentum in litem Statt, wenn er kein Inventarium beibringen kann. VI, 46.

W.

Widerruf der Geständnisse, s. Geständnisse.

Z.

Zubehör — Der Käufer und Pachter muß beweisen, daß ein streitiges Stück mit zum Gegenstand des Contrakts gehöre. VI, 33. — Verkäufer und Verpächter müssen die Ausnahmen vom Contrakt beweisen. Ebendas.

Bayerische Staatsbibliothek München

Druck von C. H. Hoßfeld in Leipzig.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

W. PARSCH
Buchbinderei
PEITING/Obb.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß

Leipzig 1845

J.pract. 318 b

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554848-2